Die Rechtsgrundsätze der Begebungskonsortien.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Günther Grzimek
Referendar.

Breslau
Druck von Wilh. Gottl. Korn
1910.

Meinen Eltern!

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Dahn.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung: Übersicht.

a) Der allgemeine Begriff der Begebungskonsortien 11
b) Ihre Benennungen 15

I. Teil:

Die geschichtliche Entwickelung der für die Begebungskonsortien geltenden Rechtsgrundsätze.

1. Die Rechtfertigung der rechtsgeschichtlichen Darstellung . . . 17
2. Die römische societas unius rei 18
3. Die Entwickelung in Italien (10. Jahrhundert — 2. Hälfte des 17.)
   a) Die accommendatio 19
   b) Die participatio. 20
4. Die weitere Entwickelung in Frankreich (2. Hälfte des 17. Jahrhunderts — 1808.)
   a) Die société anonyme 22
   b) Die association commerciale en paticipation 24
5. Die geschichtlichen Grundlagen in Deutschland.
   a) Bis zum ADHGB. 24
   b) Die Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung des ADHGB. 26
6. Übersicht über außerdeutsche Gesetzgebungen 27

II. Teil:

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegen allgemein die Begebungskonsortien?

1. Die Neuregelung mit dem 1. Januar 1900.
   a) Die Richtlinien und das Ergebnis der Neuregelung . . . 29
   b) Die Anwendbarkeit des HGB. und ihre Grenzen 30
2. Die Unterscheidung zweier Arten, des offenen und des stillen Begebungskonsortiums.
   a) Die Vermutung für das offene Begebungskonsortium . . 32
   b) Die Unterscheidungsmerkmale des stillen und des offenen Begebungskonsortiums 33
   c) Die entsprechenden Einteilungen der Gelegenheitsgesellschaften und der Gesellschaften überhaupt. 35

Seite

III. Teil:

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegt im einzelnen das stille Begebungskonsortium?

1. Die rechtliche Natur des stillen Begebungskonsortiums.
   a) Die Ablehnung der rechtlichen Konstruktion als Kaufvertrag.
      aa) Als Kaufvertrag in Verbindung mit Verkaufsauftrag 37
      bb) Als Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung 38
   b) Die rechtliche Konstruktion als Gesellschaft des BGB.
      aa) Die Begründung der rechtlichen Konstruktion als „Gesellschaft" 39
      bb) Die Art dieser „Gesellschaft" 39
      cc) Die Berücksichtigung der Eigenart des stillen Begebungskonsortiums 40
2. Die Entstehung des stillen Begebungskonsortiums.
   a) Der Abschluß des Konsortialvertrages.
      aa) Seine Form 42
      bb) Seine Erfordernisse 42
      cc) Auslegungsvorschriften 43
   b) Die Zugehörigkeit des Konsortialvertrages zu den gewagten Verträgen und ihr Einfluß 45
3. Die Eigentumsverhältnisse bei dem stillen Begebungskonsortium.
   a) Das Nichtbestehen eines Konsortialvermögens.
      aa) Die Beiträge 47
      bb) Die Einzahlungen 48
      cc) Die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände 49
   b) Das Nichtbestehen von Alleineigentum des Konsortialen oder von Miteigentum 50
   c) Das Alleineigentum des Konsortialleiters. 50
4. Die Beziehungen der Konsorten untereinander und zu Dritten.
   I. Das Verhältnis mehrerer Konsorten desselben Konsortialleiters.
      a) Das Fehlen jeglicher Beziehung untereinander . . . 51
      b) Die Zweizahl der Mitglieder des Konsortiums . . . 54
   II. Die Rechte und Pflichten des Konsortialleiters und der Konsorten 55
      a) Die Rechte und Pflichten des Konsortialleiters.
         aa) Die Beachtung der Parteivereinbarungen. . . . 56
         bb) Das Festhalten des Überlassungskurses 56
         cc) Die Auskunftserteilung und die Duldung der Kontrolle 57
      dd) Die Pflicht zur Rechnungslegung 58

Seite

b) Die Pflichten des Konsorten 59
c) Die von dem Gelingen oder Mißlingen der Begebung abhängigen Verpflichtungen 60
III. Die Folgen bei Verstößen gegen die Verpflichtungen.
a) Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften . . . 61
b) Die Anwendung der besonderen Vorschriften für gegenseitige Verträge 62
IV. Die Beziehungen des Konsortiums zu Dritten 62

5. Die Dauer des stillen Begebungskonsortiums.
a) Seine Beendigung 64
b) Seine Auflösung 64

IV. **Teil:**

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegt im einzelnen das offene Begebungskonsortium?

1. Die rechtliche Natur des offenen Begebungskonsortiums.
a) Die Grundlagen für die Beurteilung der rechtlichen Natur 66
b) Die rechtliche Konstruktion als Gesellschaft des BGB. . . 69

2. Die Entstehung des offenen Begebungskonsortiums.
a) Die Form des Konsortialvertrages 70
b) Der Inhalt des Konsortialvertrages 70

3. Die Eigentumsverhältnisse bei dem offenen Begebungskonsortium.
I. Die Eigentumsverhältnisse bei den Übernahme- und Begebungskonsortien 71
a) Das Konsortialvermögen.
aa) Das Bestehen eines Konsortialvermögens . . . 72
bb) Die Ablehnung der abweichenden Ansicht von Zieglers 72
cc) Die Konstruktion des Konsortialvermögens . . . 73
b) Der Ausschluß des Konsortialvermögens.
aa) Die Grundlagen für die Behandlung der Parteivereinbarungen 74
bb) Das Miteigentum der Konsorten 77
cc) Das Alleineigentum der einzelnen Konsorten . . 78
II. Die Eigentumsverhältnisse beim „Pool" 80
III. Eigentumsverhältnisse an den vom Konsortialleiter aufgenommenen Papieren.
a) Die Ablehnung der Zugehörigkeit zum Konsortialvermögen 80

Seite

b) Das Alleineigentum des aufnehmenden Konsorten . 81
c) Die Eigentumsverhältnisse bei einem Ausschluß des Konsortialvermögens 81

4. Das Verhältnis der Konsorten untereinander und zu Dritten.
a) Das innere Verhältnis.
aa) Die Rechte und Pflichten der Konsorten 82
bb) Die Konsortialleitung 82
cc) Die aus dem Konsortialvertrage Berechtigten 84
b) Das Verhältnis der Konsorten zu Dritten 84

5. Die Übernahme des Begebungsgeschäftes gegen Vergütung 85

Schluß: Die Unterkonsortialbeteiligung.

a) Übersicht 87
b) Die rechtliche Konstruktion der Unterkonsortialbeteiligung 88
c) Einige Besonderheiten 89
d) Kurzer Rückblick 90

Literatur-Verzeichnis.

Geschichtliche Werke.

Ehrenberg: Das Zeitalter der Fugger, Jena 1896, Bd. I.
Eichinger: Die Gelegenheitsgesellschaft nach altem und neuem Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1908.
Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881, Bd. I.
Gierke: In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 27.
Keutgen: In der Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Bd. 4, S. 461 ff., 567 ff.
Kohler: Die Commenda im Islamitischen Recht. 1883.
Koppmann: In den Hansischen Geschichtsblättern. Jg. 1900 S. 185 ff.
Lastig: Die Accommendatio und benachbarte Rechtsinstitute. Halle 1907.
Lastig: In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 32 S. 222 ff.
Lehmann, Karl: In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 62 S. 289 ff.
Lübbert: Die rechtliche Natur der Stillen Gesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwickelung. Inaug.-Diss. Breslau 1906.
Marsperger: Neu eröffneter Handels-Bericht usw. Hamburg 1709.
Nobak: Der Handel in Kompagnie 1829.
Pöhls: Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts. Hamburg 1828, Bd. I.
Rehme: In Goldschmidts Ztschr. Bd. 42 S. 367 ff.
Renaud: Das Recht der Commanditgesellschaften. Leipzig 1881.
Renaud-Laband: Das Recht der Stillen Gesellschaften usw. Heidelberg 1885.
Savary: (Übersetzung) Der vollkommene Kauff- und Handels-Mann usw. Genf, Widerhold 1676.
Silberschmidt: Die Commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum 13. Jahrhundert. Würzburg 1884, S. 38.
Silberschmidt: Kumpagnie und Sendeve; im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 23 S. 1 ff.
Pappenheim: Altnordische Handelsgesellschaften im Goldschmidts Ztschr. Bd. 36 S. 85 ff.

Kommentare und Lehrbücher.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886 Bd. I.
Borchardt: Die Handelsgesetze des Erdballs, Nachtrag I. Berlin 1893. 3. Aufl., Ausg. D 10; D 63, 64; D 67; D 68; D 76; D 144, 145; D 176—179; D 184, 185; D 212, 213.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900 Bd. II.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1906 Bd. II.
Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1906.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1906.
Gareis-Fuchsberger: Das ADHGB. Berlin 1891.
Gierke: Deutsches Privatrecht.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1905 Bd. II.
Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1891, Bd. I. Abtl. I.
Kuhlenbeck: Kommentar zum BGB. 1903.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902 Bd. I.
Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Makower: Das ADHGB. Berlin 1880.
Makower: HGB. mit Kommentar. Berlin 1906 Bd. I.
Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB. Berlin 1894 Bd. I.
Staub: Kommentar zum ADHGB. Berlin 1894.
Staub: Kommentar zum HGB. Berlin 1906 Bd. I.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 1908 Bd. II.
Obst: Das Buch des Kaufmanns. Leipzig 1905.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1907 Bd. II.
Vidari: Il Nuovo Codice di Commercio. Milano 1884.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906 Bd. II.

Spezialabhandlungen.

Dolwelzel: Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nach altem und neuem Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1907.
Feilbogen: In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 15. Jahrgang.
Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
Gierke: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Vortrag vom 15. XII. 1900 im Archiv für bürgerl. Recht. Berlin 1901 Bd. 19.
Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 49.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.

Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren. Leipzig 1857.
Meyer: In Holdheims Monatsschrift 18. Jahrg. S. 126 ff.
Laskau: Die Emission von Aktien in ihrer rechtlichen Bedeutung. Inaug.-Diss. Greifswald 1906.
Lehmann: Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898.
Lotz: Die Technik des deutschen Emissionsgeschäfts. Leipzig 1890.
Rehme: In Goldschmidts Ztschr. Bd. 52 S. 444 (Das japanische Handelsrecht).
Rießer: Zur Entwickelung der deutschen Großbanken mit besonderer Rücksicht auf die Konzentrationsbestrebungen. Jena 1905.
Sydow: In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 19 S. 425 ff.
Thiwissen: Das Emissionsgeschäft. Inaug.-Diss. Erlangen 1900.
Wolff-Birkenbihl: Die Praxis der Finanzierung. Berlin 1908.
v. Ziegler: In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 16. Jahrg. Nr. 2.

Gesetzbücher usw.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. VI, XVIII, XIX.
Börsengesetz vom 8. Mai 1908.
Code de Commerce von 1808.
Corpus iuris civilis von Krüger und Mommsen. Berlin 1899.
Denkschrift zum Entwurfe eines HGB. Stenographische Reichstagsber. 4. Session 1895/97. 6. Anlageband.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. I, VII, XXI, XXVI, XLIII, XLVI, LII, LVI.
Gruchot: Beiträge Bd. 48.
Juristische Wochenschrift Bd. 32, 34.
Motive zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. Bd. II.
Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Mugdan — Falkmann. Leipzig 1904 Bd. VIII.
Reichsoberhandelsgericht: Entscheidungen Bd. X, XIII, XV, XVII, XXII.
Reichsstempelgesetz vom 3. Juni 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0202

Einleitung.

a) Ein größeres Kapital, das für irgend einen Zweck von Dritten beschafft werden soll, wird heut nur selten aus einer einzigen Hand entnommen. Mehr und mehr ist es üblich geworden, die Geldmittel des Publikums heranzuziehen, das seinerseits wieder für sein Geld Anlage sucht. Für die hierzu erforderliche Werbetätigkeit bedienen sich die sogenannten „Ausgeber" regelmäßig eines Bankhauses, z. B. außer zu Konversionen auch das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband, wenn sie eine Anleihe aufnehmen wollen, eine Bodenkreditgesellschaft, welche Pfandbriefe, eine Aktien-Gesellschaft, die Schuldverschreibungen ausgeben oder durch Ausgabe von jungen Aktien ihr Grundkapital erhöhen will[1]).

Besonderes gilt bei der Errichtung von Aktien-Gesellschaften und der Beschaffung der hierfür erforderlichen Geldmittel. Fast immer übernehmen die Gründer (im Sinne des HGB) im Wege der Einheitsgründung (Simultangründung) sämtliche Aktien und auch in den seltenen Fällen der Stufengründung (Successivgründung) treten fast immer zu den wenigen Gründern wenige Zeichner hinzu. Nur selten wird das Publikum schon vor der Eintragung der Aktien-Gesellschaft herangezogen und der von den Gründern nicht gezeichnete Teil der Aktien ihm zur sogenannten Primitivzeichnung aufgelegt; der Hauptgrund für die Seltenheit dieser Erscheinung ist in der Bestimmung des § 262,2 HGB zu erblicken. In manchen Fällen geschieht die Gründung einer Aktiengesellschaft, besonders die Umwand-

[1]) Vgl. Lotz, Technik des deutschen Emissionsgeschäfts, Leipzig 1890, S. 2 ff.

lung eines Unternehmens in eine solche, allerdings nur, um die Beschränkung der Haftung des Aktionärs gegenüber der persönlichen Haftung des Unternehmers auszunützen, also in der Absicht der Gründer oder Primitivzeichner, die Aktien zu behalten. Meist indessen werden durch „Begebung" der Aktien an das große Publikum die notwendigen Geldmittel beschafft. Unter „begeben" wird im Sprachgebrauch des Geldmarktes das Zuführen von Wertpapieren an das für sein Geld Anlage suchende Publikum verstanden, eine Tätigkeit, die auch mit „Emission" — im weiteren Sinne und nur im Verkehr — bezeichnet wird. Der seltene Fall des Anwerbens von Primitivzeichnern wird der Einfachheit des Ausdrucks halber im folgenden stets mit unter „Begebung" von Wertpapieren verstanden.

Da auch die Begebung von Aktien regelmäßig wieder einer Bank übertragen wird, ergibt sich, daß jede Art von neuen Wertpapieren mit oder ohne Börsenkurs meist durch eine Bank, in der Regel also durch eine vom Ausgeber verschiedene Person, an das Publikum gelangt. Dies geschieht entweder, nachdem die Papiere an einer oder mehreren Börsen zugelassen sind, durch freihändigen Verkauf daselbst oder durch Auflegen zur öffentlichen „Subskription". Hierbei wird meist das Publikum zur Zeichnung durch Erlaß eines „Prospektes" aufgefordert, der die für die Beurteilung des Wertes der einzuführenden Papiere wesentlichen Angaben enthält[1]).

Das Bankhaus könnte das Unterbringen der Wertpapiere gegen Zahlung einer Vergütung für Rechnung des Ausgebers übernehmen[2]). In weitaus den meisten Fällen erfolgt jedoch die sogenannte „Übernahme" zum „Übernahmekurse" für eigene Rechnung und Gefahr des Bankhauses[3]). Dessen erhoffter Gewinn liegt in dem Preisunterschied, der bei einem Verkauf der Papiere zu einem

[1]) Börsen-Gesetz § 38 ff.

[2]) s. unten S. 85 f.

[3]) Wolff-Birkenbihl, Die Praxis der Finanzierung, Berlin 1908, S. 108.

höheren als dem Übernahmekurse erzielt wird. Andererseits übernimmt es die Ungewißheit, daß es unter Umständen trotz der aufgewendeten Kosten für einen Teil der Papiere keinen Absatz findet und sich so festlegt.

Ebenso ist der Vorgang bei der Einheitsgründung und den meisten Fällen der Stufengründung einer Aktiengesellschaft, da hier die Aktien zum Nennwert erworben und dann zu einem höheren Kurse weitergegeben werden können. Beim Anwerben von Primitivzeichnern hingegen kann ein Gewinn nicht erzielt werden: der bei der Zeichnung über den Nennbetrag erzielte Preis, das „Aufgeld“[1]), ist unverkürzt in den Reservefonds einzustellen (§ 262,2 HGB) und die Begebung unter dem Nennwert verboten (§ 184 HGB). Der Bank wird also eine Vergütung, ein Gründerlohn, versprochen werden müssen, um sie zur Übernahme des Begebungsgeschäftes zu gewinnen[2]).

Um die Gefahr nicht allein tragen zu müssen und Geschäftsverbindungen anzuknüpfen und zu unterhalten[3]), wendet sich das eine Bankhaus, das zunächst die Begebung übernommen hat, an Geschäftsfreunde, denen es in sogenannten Konsortialverträgen eine „Beteiligung“ durch Abschluß eines „Konsortiums“ abgibt. Die Teilhaber — im Verkehr Konsorten oder Konsortialen genannt — sind jedoch bei dem Begebungsgeschäft nicht zu tätiger Mitwirkung berufen, treten auch nicht nach außen hervor; vielmehr wird das Begebungsgeschäft lediglich durch das erste Bankhaus, den sogenannten Konsortialleiter, in eigenem Namen ausgeführt[4]). Diese Art eines Begebungskonsortiums weist große Ähnlichkeit mit der Stillen Gesellschaft des

---

[1]) Im kaufmännischen Verkehr vielfach als „Agio“ bezeichnet, s. Obst, Das Buch des Kaufmanns, Leipzig 1905, S. 1121.

[2]) Laskau, Emission von Aktien, Greifswald 1905, S. 38; Ring, das Reichsgesetz usw. Berlin 1892, S. 404.

[3]) s. unten S. 43 f.

[4]) So Sydow, Goldschmidts Ztschr. Bd. 19, 1874, S. 425 ff. und fast die gesamte Literatur.

HGB auf; sie soll im folgenden als „stilles" Begebungskonsortium bezeichnet werden.

Von ihm ist eine zweite Grundform zu unterscheiden. Schon früher war es besonders bei den großen Staatsanleihen üblich, daß nicht eine Bank allein als Übernehmer auftrat und sich ihrerseits durch Anwerben von Konsortialbeteiligten zu decken suchte, sondern daß sich ein Konsortium bereits zur Übernahme der Wertpapiere bildete. Hier waren auch die Konsorten zu tätiger Mitwirkung bei dem Begebungsgeschäft verpflichtet und berechtigt[1]). Diese zweite Art bot viele Vorteile gegenüber der ersteren. So wurde hier die Gefahr von vornherein geteilt, und günstigere Übernahmebedingungen wurden erzielt, da die Mehreren dem Ausgeber größere Sicherheit boten. Sie gestattete volle Ausnutzung jeder Absatzmöglichkeit durch das Mitwirken der Konsorten und bot damit größere Aussicht auf das Gelingen des Begebungsgeschäftes. Schließlich ergab sich für mehrere Banken oder für Konsortien, die sich unabhängig voneinander gebildet hatten, die Möglichkeit, ein gegenseitiges Höhertreiben des Übernahmekurses durch Abschluß eines solchen Konsortiums zu beseitigen[2]). Immer mehr kam diese Art in Aufnahme, sodaß jenes stille Begebungskonsortium gegenwärtig zu den Ausnahmen zählt[3]). Die zweite Grundform wird im Gegensatz zu dem „stillen" zweckmäßig als „offenes" Begebungskonsortium zu bezeichnen sein.

Das offene Begebungskonsortium findet seiner vielen Vorteile wegen auch Anwendung, wenn bereits mehrere Banken unabhängig von einander übernommen haben, die Papiere den nachherigen Konsorten also bereits vor dem Zusammenschluß gehörten. Eine solche Vereinigung, bei

[1]) v. Ziegler, Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen, 16. Jahrg. 1907, S. 26.

[2]) Riesser, Entw. d. dtsch. Großbanken, Jena 1905, S. 141.

[3]) v. Ziegler, a. a. O. S. 26; vor kurzem hat übrigens die Reichsbank den Versuch gemacht, die erstere Art wegen der ganz überragenden Stellung des Konsortialleiters wieder einzuführen; sie scheint indessen wieder davon abgekommen zu sein.

der jeder Konsorte ihm bereits gehörige Stücke zum gemeinsamen Verkauf stellt, wird in der Geschäftssprache als „Pool“[1]) bezeichnet.

Werden alle diese Begebungskonsortien ganz allgemein in ihren wesentlichen Merkmalen zusammengefaßt, so stellen sie sich als Vereinigungen zur Begebung einer bestimmten Art und Menge von Wertpapieren für gemeinschaftliche Rechnung dar. Zum Begriff der Begebungskonsortien ist nicht erforderlich, daß die zu begebenden Wertpapiere neu zur Ausgabe gelangt sind. Sie können vielmehr bereits in den Beständen der betreffenden Banken vorhanden gewesen sein. Ferner müssen die Beteiligten nicht notwendig Bankhäuser, ja nicht einmal Kaufleute sein; nur bildet dieser Fall so sehr die Ausnahme, insbesondere bei dem Konsortialleiter, daß ohne weiteres allgemein von „Banken“ und „Bankhäusern“ als den Konsortialbeteiligten gesprochen werden kann.

b) Für Konsortien der gedachten Art — bisweilen auch Syndikate genannt — finden sich die gleichmäßig neben einander gebrauchten Bezeichnungen „Begebungskonsortien“ und „Emissionskonsortien“[2]). Sie treffen nach dem, was im finanztechnischen Sinne unter „begeben“ und „emittieren“ verstanden wird[3]), das Wesen derartiger Vereinigungen. Streng juristisch dagegen wird unter „Emission“ nur der Akt der ersten Ausreichung des Wertpapieres seitens des Ausstellers an Dritte verstanden[4]), und auch im Verkehr wird in der neueren Zeit unterschieden und die letztere Tätigkeit als „Ausgabe“ bezeichnet[5]). Unter „begeben“ dagegen wird stets und ausschließlich das Zuführen der Papiere ans Publikum verstanden[6]), sodaß die Be-

[1]) Das englische pool, deutsch (Spiel-) Satz, Einsatz.

[2]) z. B. bei Staub, Komm. z. HGB., Berlin 1906, S. 1124.

[3]) s. oben S. 12.

[4]) Kuntze, Inh.-Pap. Leipzig 1857, S. 372 f.; Thiwissen, Emissionsgesch. Erlangen 1900, S. 1.

[5]) Vgl. z. B. Obst, a. a. O. S. 1138.

[6]) Vgl. z. B. Obst, a. a. O. S. 1127.

zeichnung „Begebungskonsortien“ in jeder Hinsicht befriedigt.

Von Goldmann[1]) werden bei der Besprechung der Gründung von Aktiengesellschaften unsere Syndikate „Gründerkonsortien oder auch Begebungskonsortien“ genannt. Diese Gleichsetzung ist nicht zutreffend. Wegen des verwickelten Vorgangs der Errichtung einer Aktiengesellschaft wird oft ein Vorvertrag hierüber geschlossen, durch den die Beteiligten zum sogenannten Gründerkonsortium zusammentreten[2]); weiterhin wird unter dieser Bezeichnung überhaupt die Vereinigung der Gründer zusammengefaßt, „Gründer“ hier im Gegensatz zum Sprachgebrauch des HGB in weitestem Sinne genommen, sodaß sie z. B. auch Primitivzeichner sein können. Die Bezeichnung bleibt dann der Vereinigung, wenn ihre Mitglieder auch zur Begebung ans Publikum für gemeinschaftliche Rechnung zusammenbleiben oder schon jener Vorvertrag auch hierauf gerichtet war[3]). Dies ist meist der Fall, wenn jene Gründer oder ein Teil von ihnen Bankhäuser sind, die ja nicht nötig haben, Dritten die Heranziehung des Publikums zu übertragen. Ergibt sich hier auch der eigenartige Fall, daß nicht eine von den ersten Interessenten — die von ihnen erst geschaffene Aktiengesellschaft wird man kaum so bezeichnen können — verschiedene Person oder Personenmehrheit die Begebung vornimmt, so wird trotzdem das Gründerkonsortium in dieser letzteren Tätigkeit als Begebungskonsortium bezeichnet und gefaßt. Das rechtfertigt aber keineswegs die Goldmannsche Gleichordnung der beiden Bezeichnungen: ein Begebungskonsortium muß nicht ein Gründerkonsortium sein und umgekehrt.

[1]) Goldmann, HGB., Berlin 1905 Bd. II, S. 815.

[2]) So Makower, Komm. z. HGB. 1905 S. 461.

[3]) Vgl. Gareis-Fuchsberger, HGB., Berlin 1891 S. 487; Lehmann, Das Recht d. Akt.-Ges., Berlin 1898, S. 323; Ring a. a. O. S. 180.

I. Teil.

Die geschichtliche Entwickelung der für die Begebungskonsortien geltenden Rechtsgrundsätze.

1. Die Rechtfertigung der rechtsgeschichtlichen Darstellung.

Der wirtschaftliche Beweggrund, aus dem die Begebungskonsortien entspringen, bei einzelnen Unternehmungen durch Vereinigung mit anderen die Gefahr eines Mißlingens zu verringern, übte bereits in der Geschäftswelt des alten Rom seinen Einfluß aus. Weiter zeigt er sich in den Handelsmittelpunkten der italienischen Städte. In Geldgeschäften erscheinen im 16. Jahrhundert Konsortialbildungen ungemein häufig. So schlossen die Fugger oftmals unter ihrem Namen Anleihen ab, bei denen die Rem, die Welser, die Reidhardt, die Herwart und andere beteiligt waren. Ebenso machten es die in Antwerpen und Lyon ansässigen Geldleute, und am meisten pflegten sie die Genuesen, deren Geldgeschäfte mit der spanischen Krone (Asientos) fast immer durch Konsortien verwirklicht wurden[1]). Von da lassen sich weiter derartige Geschäfte verfolgen, bis mit der Heranziehung des großen Publikums für Anleihen und für die Kapitalisierung von wirtschaftlichen Unternehmungen als ein Hauptfall von ihnen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts unsere Begebungskonsortien sich entwickelten[2]).

Eine nur volkswirtschaftliche Betrachtungsweise würde bei der Geschichte der Begebungskonsortien als eines ganz

[1]) Ehrenberg, Zeitalter der Fugger, Jena 1896 Bd. I, S. 399 f.

[2]) Zum ersten Male tauchen sie in der juristischen Literatur in dem Aufsatze Sydows in Goldschmidts Ztschr. Bd. 19, S. 425 ff. auf.

modernen Gebildes von ihrem erst der jüngeren Vergangenheit angehörenden Erscheinen im wirtschaftlichen Verkehr ausgehen. Dagegen muß sich die rechtswissenschaftliche Abhandlung bei der Darstellung der geschichtlichen Entwickelung auf breitere Grundlagen stellen. Waren doch die Rechtsgrundsätze, denen die Begebungskonsortien bei ihrem Erscheinen im Wirtschaftsleben unterworfen wurden, im Rechtsleben bisher keineswegs unbekannt, sondern in langer Entwickelung herausgebildet worden. Gerade in ihrem Ursprunge findet aber die Eigenart eines großen Teiles der Begebungskonsortien ihre Erklärung. Allerdings muß für die folgende Darstellung im voraus deren rechtliche Natur als „Gesellschaft" als festgestellt erachtet werden, und zwar als sogenannte Gelegenheitsgesellschaft des ADHGB. [1]). Obgleich dieses Ergebnis erst später bei der Betrachtung im einzelnen gewonnen werden kann, rechtfertigt sich doch seine Vorwegnahme dadurch, daß es in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt wird.

2. Die römische societas unius rei.

Da es in Rom ein besonderes, vom bürgerlichen Recht getrenntes Handelsrecht nicht gab, fielen Vereinigungen für einzelne Handelsgeschäfte auf gemeinschaftliche Rechnung unter die im Corpus iuris civilis mehrfach erwähnte societas unius rei.[2]). Daß sie auch für einzelne Handelsgeschäfte Anwendung fand, geht aus Dig. 17,2 l. 5 pr. hervor: in dieser Stelle ist unter „res" ohne Zweifel ein „Geschäft" zu verstehen [3]). Die rechtliche Natur der societas als eines rein schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen den socii ist unbestritten.

[1]) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch s. S. 27 Anm. 1).

[2]) z. B. Inst. 3,25 pr.; Dig. 17,2 l. 5 pr.; Dig. 17,2 l. 65 pr.

[3]) Windscheid, Pand., 1906, § 405 Anm. 5; vgl. auch Inst. 3,25 pr. und Dig. 17,2 l. 65 § 10.

3. Die Entwicklung in Italien.

a) Besondere handelsrechtliche Vereinigungen erscheinen in Italien im 10. Jahrhundert[1]). Schon ihr Zusammenhang mit dem römischen Recht ist sehr bestritten. Aus den uns bekannten Quellen ist ein solcher nicht mit Sicherheit zu entnehmen[2]). Auch zeigen sich ähnliche Rechtsgebilde schon früher im islamitischen Recht[3]) und etwas später im skandinavischen[4]) und hanseatischen Gesellschaftsrecht[5]). Mit Kohler, Silberschmidt und Lübbert[6]) ist darum anzunehmen, daß es sich hier um eine universale Entwickelung in den in regem Handelsverkehr miteinander stehenden Gebieten des islamitischen, romanischen und germanischen Rechts handelt und nicht um eine besondere aus der societas oder dem depositum irregulare, die Goldschmidt annimmt[7]). Die societas wurde vielmehr in ihrer hier interessierenden Anwendung durch die neuen Gebilde abgelöst.

Noch strittiger war die Frage nach den Beziehungen der damals bestehenden Vereinigungen zueinander. Hier

[1]) Silberschmidt, Die commenda in ihrer frühesten Entwickelung, Würzburg 1884, S. 38.

[2]) Lastig, Die Accomendatio, Halle 1907, Einl. S. XIX; Lübbert, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft, S. 4; Renaud-Laband, Das Recht der stillen Gesellschaft S. 4. — a. M. Goldschmidt, Universalgesch. S. 91, sich stützend auf Dig. 16,3 l. 7 § 2; Silberschmidt, Commenda, S. 13 f.; die von ihnen angezogenen Stellen genügen nicht als sicherer Nachweis.

[3]) Kohler, Die Commenda im islam. Recht, Würzburg 1883, S. 3 f.

[4]) K. Lehmann in Goldschmidts Ztschr. Bd. 62 S. 293 f., 303, 312 f.; vgl. auch Pappenheim in Goldschmidts Ztschr. Bd. 36, S. 85 ff.

[5]) Keutgen in der Vierteljahrsschr. für Sozial- und Wirtschaftsgesch. Bd. 4 S. 487 ff., 492 ff., 502 ff., 567 ff., 613 ff.; Bd. 7 S. 505 ff.; Rehme in Goldschmidts Ztschr. Bd. 42 S. 367 ff.; Lehmann a. a. O.; Koppmann in den Hansischen Geschichtsblättern Jahrg. 1900 S. 197 ff., 202 ff.

[6]) Kohler, a. a. O. S. 5; Silberschmidt, Kumpagnie und Sendeve, Arch. für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 1 ff.; Lübbert, a. a. O. S. 5; vgl. hierzu auch Lehmann a. a. O. S. 303.

[7]) Goldschmidt, a. a. O. S. 91.

gebührt Lastig das Verdienst, neuerdings Klarheit geschaffen zu haben[1]). In wiederholten, mit 1875 beginnenden Reisen hat er die Archive Italiens und Frankreichs durchforscht und in Stadtstatuten und rechtsgeschäftlichen Urkunden wertvolle Quellen aufgedeckt. Unter deren Abdruck weist er, besonders aus Notariatsurkunden, so des Notabulariums Johann Scribas aus Genua (1155—1164) nach, daß die Kommanditgesellschaft und die Stille Gesellschaft ursprünglich jeder gegenseitigen rechtlichen Verwandtschaft entbehrten. Immer wieder wurde vorher behauptet, daß auf die sogenannte commenda — von Lastig accommendatio[2]) genannt — die Kommanditgesellschaft und zugleich auch die Stille Gesellschaft zurückzuführen sei[3]). Als Gelegenheitsgesellschaft erscheint von den verschiedenen Formen eine von Lastig „wechselseitige societas" genannte Vereinigung[4]), die der accommendatio nahe verwandt, ja nur eine species von ihr ist und mit ihr wie mit der sogenannten portatio die hauptsächlichsten Grundzüge teilt[5]).

b) Für Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung kam neben jener species der accommendatio und besonders bei deren allmählicher Ausgestaltung zur societas per viam accommanditae und zur deutschen Kommanditgesellschaft diejenige Form einer handelsrechtlichen Vereinigung zur Anwendung, die in erster Linie der Beteiligung an einem Handelsgewerbe-

[1]) Lastig, Die Accommendatio, Halle 1907, der hierin seine früher aufgestellten Ansichten (z. B. Lastig bei Endemann, Handb. I, S. 704 ff., Lastig in Goldschmidts Ztschr. Bd. 32, S. 222 ff.) geschichtlich belegt. Noch Lübbert, a. a. O. S. 3 durfte sie als „auf Grund abstrakter Definitionen vorgefaßte Meinung" bezeichnen.

[2]) Über den Namen s. Lastig, a. a. O. Einl. S. XVIII.

[3]) Renaud-Laband, a. a. O. S. 5; Renaud, Das Recht der Commanditges., Leipzig 1881, S. 16 ff.; Gierke in Goldschmidts Ztschr. Bd. 27, S. 687 f.; Goldschmidt a. a. O. S. 270, Anm. 125; Lübbert, a. a. O. S. 3 und S. 14 ff.

[4]) Lastig, Accomm. S. 113.

[5]) Lastig, Accomm. S. 95. — Die Rechtsgrundsätze, denen sie unterliegt s. ausführlich Lastig, S. 93 ff.; ihre Wiedergabe würde zu weit führen.

betrieb in Art der heutigen Stillen Gesellschaft diente. Sie wurde als participatio oder societas per modum participationis nach dem Kapitalgeber, dem particeps, bezeichnet.

Eingehend[1]) behandelt ist die participatio erst in der weit verbreiteten, berühmten Sammlung der Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam aus der Mitte des 16. Jahrhunderts[2]). Weitere Quellen für sie sind Sigismund Scaccia[3]), Ansaldus de Ansaldis (1651—1719)[4]), Carolo Zanchi[5]) und eine gesetzliche Regelung in einer Provisione der Università de'mercanti zu Bologna (1583), wo sie compagnia secreta heißt[6]).

Im Gegensatz zur Anwendung der participatio zu einem Handelsgewerbebetrieb in Art der Stillen Gesellschaft waren bei ihrer Anwendung für Gelegenheitsgesellschaften Verbindungen von mehr als zwei Genossen gestattet. Bei drei Teilnehmern z. B. war dann ein jeder ein particeps pro tertia parte[7]). Der Geschäftsherr schloß die Geschäfte in eigenem Namen ab, trug infolgedessen die gesamten Rechte und Pflichten gegenüber Dritten; der oder die anderen nahmen nur mit einer Einlage an dem Gewinn oder dem Verlust teil[8]).

4. Die weitere Entwickelung in Frankreich.

Bis in die zweite Hälfte des 17. Jahrhunderts stellte sich die participatio in der gleichen Weise wie in Italien auch in

[1]) Aus den zahlreichen älteren Quellen (s. darüber Lastig bei Endemann I, S. 327, Anm. 11) ist meist nur die Existenz und das häufige Vorkommen der part. zu entnehmen; s. Eichinger, Gelegenheitsges., S. 3, Anm. 3.

[2]) Renaud-Laband, a. a. O. S. 6—8; Lastig bei Endemann I, S. 712 ff.

[3]) Tractatus de commerciis et cambio, I. Ed. Roma 1618.

[4]) Discursus legales de commercio et mercatura, Roma 1689.

[5]) Tractatus de societate, Ed. II, Florent. 1838.

[6]) Eichinger, a. a. O. S. 4; Lastig bei Endemann I, S. 720/22.

[7]) Renaud Laband a. a. O., S. 12, auch Anm. 1.

[8]) Renaud-Laband, a. a. O., S. 11, auch Anm. 6; Lastig b. Endemann I, S. 760.

Frankreich dar. Bei dem Fehlen ausdrücklicher Zeugnisse sprechen dafür die überaus regen Handelsbeziehungen zwischen Frankreich und Italien, die große Zahl in Frankreich ansässiger italienischer Handelsleute und die Bedürfnisse des Handelsverkehrs. Im italienischen Recht schritt die Entwickelung nicht fort, bis sich in ihm der Einfluß des Code de commerce bemerkbar machte, der dann auch auf das deutsche Recht eingewirkt hat[1]). Es genügt daher, weiterhin die Entwickelung der participatio im französischen Recht zu verfolgen.

a) In den ersten französischen Handelsgesetzen, der Ordonnance de Blois von 1579, der Ordonnance von 1629 und der Ordonnance Ludwigs XVI. „Sur le commerce des négocians et marchands" vom März 1673 ist die participatio nicht enthalten[2]). Sie findet sich jedoch ausführlich in den Werken des Jaques Savary, 1622—1690, als société anonyme ou inconnue und wird von ihm besonders in ihrer hier interessierenden Anwendung auf Vereinigungen für einzelne Geschäfte behandelt. Renaud zieht daraus den Schluß, daß sie lediglich als Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften, nicht auch als Beteiligung an einem Handelsgewerbebetrieb vorgekommen ist[3]). Er behauptet, die Anwendungsform der participatio zu einem Handelsgewerbebetrieb sei seit Savary (dem älteren) juristisch mit der société en commandite verwechselt und zu ihr gerechnet worden, also zu der Form, die sich aus der alten accomendatio oder commenda entwickelt hat. Diese Auffassung ist jedoch, wie Lastig[4]) nachweist, nicht zutreffend, da die von Renaud wörtlich angeführten Stellen die Beteiligung an einem Handelsgewerbe in Form der société anonyme nicht ausschließen. „Momentanée" wurde die société anonyme nicht deshalb genannt, weil sie überhaupt

[1]) Lastig b. Endemann I, S. 760.

[2]) Renaud-Laband, a. a. O. S. 13.

[3]) Renaud-Laband, a. a. O. S. 18 ff.

[4]) Lastig in Goldschmidts Ztschr. Bd. 32, S. 222 ff.; ders. in Endemann I, S. 760 ff.

nur auf einzelne Geschäfte gerichtet war, sondern weil dies „häufig" der Fall war: sogar in den beiden von Renaud angezogenen Stellen steht ausdrücklich „souvent"[1]). Auch führt Savary in seinen Pareres[2]) eine auf einen Gewerbebetrieb gerichtete participatio an[3]). Da Renaud die Übereinstimmung der späteren Schriftsteller mit Savarys Auffassung annimmt, verliert seine Ansicht auch in seinen weiteren Ausführungen mit diesem Nachweis ihre Grundlage. Ferner bestätigt die Entwickelung in den anderen romanischen Ländern Lastigs Ansicht[4]). Mit ihm ist darum anzunehmen, daß die société anonyme die participatio in beiden Anwendungen umfaßte und die association commerciale en participation (s. S. 24) sie auch heute noch umfaßt.

Die société anonyme teilt Savary in vier Arten, die er mit Beispielen belegt. Indessen handelt es sich bei allen vier um Vereinigungen für einzelne, von vornherein bestimmte Geschäfte im gemeinschaftlichen Interesse der Gesellschafter, die sich nicht durch rechtliche Eigentümlichkeiten als verschiedene Arten darstellen. Drei seiner Anwendungsformen nennt Savary in seinen Pareres[5]) sociétés anonymes ou momentanées und im Parfait négociant[6]) bezeichnet er einmal die sociétés anonymes insgesamt als momentanées.

Da die société anonyme, wie schon erwähnt, im Handelsrecht nicht geregelt war, fiel sie unter das bürgerliche Recht und stellte sich, insoweit sie für einzelne Geschäfte Anwendung fand, als societas unius rei dar. Es konnten

[1]) s. Renaud-Laband a. a. O. S. 19, Abs. 4 und S. 20 Abs. 3.

[2]) Savary, Pareres ou Avis et Conseils sur les plus importantes matières du commerce, Ed. I, 1688.

[3]) a. a. O. LV; s. Lastig in Goldschmidts Ztschr. Bd. 32 S. 223.

[4]) Renaud-Laband a. a. O. S. 43 ff.; Lastig b. Endemann I, S. 765.

[5]) a. a. O. LXV; Eichinger, a. a. O. S. 6.

[6]) Savary, Le Parfait négociant, III. Ed. 1675, P. II liv. I, chap. 1, p. 20; s. Renaud-Laband a. a. O. S. 15—17 und Eichinger, a. a. O. S. 5—7.

an ihr Kaufleute wie Private teilnehmen. Die Zahl der Mitglieder war bei dieser Anwendung nicht auf zwei beschränkt. Der vertragsmäßig mit der Leitung Betraute nahm die Geschäfte in eigenem Namen vor und rechnete mit den anderen ab, oder es handelten alle, jedoch nach gemeinsam getroffenen Bestimmungen, die dann auch auf die Verteilung des Gewinnes Anwendung fanden. Die Vereinigung trat nicht unter gemeinschaftlichem Namen auf (anonyme). Die Mitglieder hafteten nicht solidarisch, wie auch die Gefahr des Einzelnen nicht auf eine bestimmte Summe beschränkt war. Die Bildung einer communis pecunia war nicht erforderlich[1]).

Bis zum Beginne des 19. Jahrhunderts blieb die société anonyme gesetzlich ungeregelt; die sie erwähnenden Autoren stehen — von Änderungen in der Bezeichnung abgesehen — im wesentlichen auf dem Standpunkte Savarys[2]).

b) Gesetzliche Regelung fand die société anonyme erst im Code de commerce von 1808. Er bezeichnet sie als association commerciale en participation[3]), während er unter société anonyme ausschließlich die Aktiengesellschaft[4]) versteht. Da jedoch das materielle Recht jener Vereinigung in ihm nicht berührt wird[5]), ist es unverändert das alte geblieben, wie auch die Gesetzeskommission selbst erklärt hat, in ihrem Entwurf nur das bisherige Gesetzes- und Gewohnheitsrecht bringen zu wollen[6]).

5. Die geschichtlichen Grundlagen in Deutschland.

a) Ob die handelsrechtlichen Vereinigungen, die gemäß der universalen Entwickelung in Deutschland schon im 13. Jahrhundert vorhanden waren, sich hier bis zu einer

---

[1]) Renaud-Laband, a. a. O. S. 18; Eichinger, a. a. O. S. 7.
[2]) vgl. Eichinger, a. a. O. S. 8.
[3]) Code de commerce, Art. 47.
[4]) „ „ „ Art. 19.
[5]) „ „ „ Art. 47—50, verglichen mit Art. 39 ff.
[6]) Lastig in Endemann I, S. 763, auch Anm. 20.

der société anonyme entsprechenden Form selbständig weiter entwickelt haben, ist für ihre Anwendung in Art der Stillen Gesellschaft schon kaum anzunehmen[1]). In ihrer Anwendung als Gelegenheitsgesellschaft übernahmen sie jedenfalls die Deutschen als ein ihnen unbekanntes Gebilde einer handelsrechtlichen Gesellschaft, und zwar übte Frankreich seit Ludwig XIV., Colbert und Savary den entscheidenden Einfluß aus. Eine 1676 erschienene, anonyme Übersetzung von Savarys Parfait négociant[2]) und der 1709 erschienene Auszug der Pareres von Marsperger[3]) vermittelten im wesentlichen die Einführung der société anonyme. Behandelt wurde sie unter anderen von Ludovici, Martens, Pöhls, Bender und Nobak, der zuerst den Namen „Gelegenheitsgesellschaft" gebrauchte[4]).

Von Gesetzen führte zuerst das badische Landrecht, dem die übrigen folgten, die französische association en participation als „Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen" in Deutschland ein[5]).

---

[1]) Lastig in Endemann I, S. 725.

[2]) Der vollkommene Kauff- und Handels-Mann Oder Allgemeiner Unterricht Alles, was zum Gewerb und Handlung allerhand beydes Frantzösischer als Außländischer Kaufwahren gehört durch Herrn Jakob Savary, Genf, Widerhold 1676.

[3]) Paul Jakob Marsperger, Neu eröffnetes Handels-Bericht oder wohlbestelltes Commercien-Collegium, welchem annoch mit beygefüget ein stattlicher Vorrath allerhand Präjudicatorum, Responsorum, Prudentum und unter solchen des Weyland berühmten Frantzösischen Commercienraths Savary längst verlangte Pareres, Hamburg, Verlegt Schiller im Dohm 1709.

[4]) Ludovici, Eröffnete Akademie der Kaufleute oder Vollständiges Kaufmanns-Lexikon, 2. Aufl. Leipzig 1767, sub v. „anonymus"; G. F. v. Martens, Grundriß des Handelsrechts, 1798; Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburg. Handelsrechts, Hamburg 1828, Bd. I, S. 223 f., der société anonyme-Aktiengesellschaft und société anonyme-Gelegenheitsgesellsch. durcheinanderwirft; Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechts, Darmstadt 1824, Bd. I, S. 345; Nobak, Der Handel in Compagnie, 1829, §§ 6 und 10; im übrigen s. Lastig in Endemann I, S. 724, Anm. 58.

[5]) Eichinger, a. a. O. S. 13.

b. Das ADHGB faßte im dritten Buch die „Stille Gesellschaft" und „die Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung"[1] zusammen. Letztere regelte es im zweiten Titel in den Artikeln 266—270. Da es ihr einen technischen Namen nicht gab, wird hier die vom Reichs-Oberhandelsgericht und dem Reichsgericht angewandte, in Deutschland verbreitetste Bezeichnung Gelegenheitsgesellschaft gebraucht. Unter der Herrschaft des ADHGB stellte sich die Gelegenheitsgesellschaft, in den wesentlichen Punkten kurz zusammengefaßt, folgendermaßen dar:[2])

Sie war ein zum Zwecke einzelner Handelsgeschäftsabschlüsse für gemeinschaftliche Rechnung zwischen mehreren Personen ohne Formenzwang eingegangenes Vertragsverhältnis. Gegenseitig berechtigt und verpflichtet wurden nur die Teilnehmer; nach außen trat sie, da sie nie als Einheit erschien, auch nie durch eine Firma zu einer solchen zusammengefaßt wurde, nur dadurch in die Erscheinung, daß die Gesellschafter solidarisch hafteten und berechtigt wurden, wenn sie gemeinsam selbst oder durch einen gemeinschaftlichen Beauftragten handelten. Sie war nur eine handelsrechtliche Gesellschaft, keine Handelsgesellschaft, deren Besonderheiten auf sie keine Anwendung fanden. Insbesondere entstand in keinem Falle durch die nicht wesentliche Bildung einer communis pecunia ein vom Privatvermögen der Gesellschafter gesondertes, rechtlich selbständiges Gesellschaftsvermögen. Im ADHGB war sie in der Gestalt einer bürgerlich-rechtlichen societas unius rei behandelt; doch unterlag ihre innere Gestaltung, da diese Form nicht zu ihrem Wesen gehörte, der freien Vereinbarung der Parteien.

[1]) Wohl eine nicht sehr geglückte Übersetzung des holländischen „handelingen vor gemeene rekening". (Siehe S. 28.)

[2]) Aus Makower, Das ADHGB., Berlin 1880, S. 276 ff.; Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts, 1886, Bd. 1, S. 982 ff.; Staub, Komm. 1894, S. 636 ff.; Renaud-Laband, a. a. O. S. 191 ff.; Eichinger a. a. O. S. 15 ff., bes. S. 57 f.

Unter der Herrschaft des ADHGB[1]) tauchen unsere Begebungskonsortien besonders in den Gründerjahren nach 1870 in der Rechtsprechung wie in der Literatur auf. Sie wurden den Gelegenheitsgesellschaften unterstellt, insbesondere durch Sydow[2]), der mit seiner Ansicht allgemeinen Anklang fand. Mit der Feststellung dieser Unterordnung ist indes für ihre rechtliche Konstruktion noch nicht viel gesagt. Wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, blieb vielmehr für ihre Gestaltung im einzelnen noch ein weiter Spielraum.

6. Übersicht über außerdeutsche Gesetzgebungen.

Ähnlich dem ADHGB, das in Österreich noch gilt, regeln entsprechend der geschichtlichen Entwickelung eine Reihe anderer Staaten die Gelegenheitsgesellschaft und damit das Begebungskonsortium durch besondere Bestimmungen ihrer Handelsgesetzgebungen.

In Frankreich entspricht ihr die association commerciale en participation des Code de commerce von 1808, in Italien die associazione in partecipazione des Codice di commercio del Regno d'Italia von 1882, Art. 233—238, eine Vereinigungsform, die der Stillen Gesellschaft entspricht und auch auf einzelne Geschäfte Anwendung findet[3]). Beide Formen, die französische wie die italienische, umfassen also wie die alte participatio die Stille und die Gelegenheitsgesellschaft. Der spanische Código de Comercio vom 22. August 1885 bringt in den Art. 239—243 die ähn-

[1]) Durch Beschluß vom 8. Mai 1861 forderte der deutsche Bund die Einzelstaaten auf, den Entwurf des ADHGB. als Gesetz zu verkünden. Bundesgesetz des norddeutsch. Bundes wurde es durch das Bundesges. v. 5. Juni 1869, Reichsges. durch das Einf.-Ges. zur Reichsverf. § 2, Abs. 2.

[2]) Sydow, Über Konsortien und Syndikate zur Aktien-Begeb. in Goldschmidts Ztschr. Bd. 19, S. 427 ff.

[3]) Ercole Vidari, Il Nuovo Codice Di Commercio, Milano 1884, S. 209 ff.; Borchardt, die Handelsgesetze des Erdballs, 3. Aufl., Ausgabe D 10, Italien, S. 49.

lichen cuentas en participacion[1]) und der Codigo commercial Portuguez vom 28. Juni 1888 die associação da conta em participação in den Art. 224—229[2]).

Gesondert behandelt die Gelegenheitsgesellschaft der Codigo commercial do imperio do Brasil vom 25. Juni 1850 in der sociedad e em conta de participação (Art. 325 bis 328)[3]); im wesentlichen stimmen die sociedades accidentales ó cuentas en participación des argentinischen Código de Comercio vom 9. Oktober 1889 mit ihm überein (Art. 395 gis 402)[4]). Das ägyptische Gesetz von 1874 erkennt neben den Handelsgesellschaften in den Art. 65—71 Gesellschaften auf Teilhaberschaft an[5]). Im niederländischen Wetboek van Koophandel vom 4. Juli 1837 unterliegen die Begebungskonsortien den handelingen voor gemeene rekening der Art. 57, 58; das materielle Recht wird den Parteivereinbarungen überlassen (Art. 58 Abs. 1)[6]). Ungarn kennt sie in den alkalmi des Kereskedelmi törveny vom 16. Mai 1875 (§ 62)[7]), das HGB für Serbien vom 6. Februar 1860 in den §§ 46—49[8]) und der rumänische Codice de Comerciu al Regatului României vom 16./28. April 1887 in der asociațiunea în participațiune (Art. 251—256)[9]).

Das belgische Gesetz vom 18. Mai 1873 in der durch das Gesetz vom 22. Mai 1886 abgeänderten Form unterscheidet zwei der Gelegenheitsgesellschaft entsprechende Gebilde, denen die Begebungskonsortien im einzelnen Falle zu unterstellen sind (Art. 3 und 108—110): einmal die

[1]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 176—179, Spanien, S. 148 f.; sie kann entgegen dem Wesen der Stillen Gesellschaft auch von mehr als zwei Personen eingegangen werden.

[2]) Borchardt, a. a. O. Nachtr. I, Berlin 1893, S. 71

[3]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 76, Brasilien, S. 68 f.

[4]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 212, 213, Argentinien, S. 144 f.

[5]) Eichinger, a. a. O. S. 15

[6]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 63, 64, Niederlande, S. 49.

[7]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 68, Ungarn, S. 42.

[8]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 67, Serbien, S. 24.

[9]) Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 144, 145, Rumänien, S. 59.

association monentanée, die dadurch gekennzeichnet ist, daß nur einzelne bestimmte Geschäfte den Gegenstand des Gesellschaftszwecks bilden dürfen, und die nach jeder Gesellschaftsart konstruiert sein kann; außerdem die association en participation, welche sowohl die Stille Gesellschaft als die nach ihrer Art eingegangene Gelegenheitsgesellschaft vertritt[1])[2]).

II. Teil.

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegen allgemein die Begebungskonsortien?

1) Die geschichtliche Entwickelung der für die Begebungskonsortien geltenden Rechtsgrundsätze konnte von der römischen societas unius rei an verfolgt werden und findet im ADHGB ebenso wie in der Handelsgesetzgebung vieler anderer Staaten ihren Ausdruck.

Nicht so in dem jetzt in Deutschland geltenden Rechte: jäh wurde die Entwickelung unterbrochen durch die Einführung des BGB. Bei der Revision des ADHGB, welche die umfassende und einheitliche Neuregelung des gesamten bürgerlichen Rechts durch das BGB notwendig machte, wurden die Bestimmungen über die Gelegenheitsgesellschaft gestrichen, während auch im neuen HGB der Eigenart der Stillen Gesellschaft durch besondere Vorschriften Rechnung getragen wurde.

a) „Die Vorschriften des BGB über die Gesellschaften sind auch für Vereinigungen zu vorübergehenden kauf-

[1]) Eichinger, a. a. O. S. 14; Borchardt, 3. Aufl., Ausg. D 184, 185, Belgien, S. 168 und 182.

[2]) Das neue Japanische HGB. vom 16. Juni 1899 kennt indes keine der Gelegenheitsgesellschaft entsprechende Vereinigungsform mehr; vgl. Rehme in Goldschmidts Ztschr. Bd. 52, S. 456.

männischen Zwecken ausreichend und führen im allgemeinen zu demselben Ergebnisse wie die bisherigen Vorschriften des HGB[1])." Die Richtigkeit dieses Satzes sucht die Denkschrift zum Entwurfe dadurch nachzuweisen, daß sie Artikel für Artikel des ADHGB mit den entsprechenden Paragraphen des BGB vergleicht. Hierbei kommt sie allerdings im wesentlichen zu obigem Ergebnisse. Ganz übersehen ist jedoch, daß durch die Anwendung der Rechtsgrundsätze des BGB über die Gesellschaft die Gelegenheitsgesellschaft plötzlich einem rein deutschrechtlichen Gebilde unterstellt wurde, da durch den bekannten Beschluß der zweiten Kommission das deutschrechtliche Gesamthandprinzip im BGB zum Ausdruck gebracht ist[2]). Für die Gesellschaft des BGB hatte das seine Berechtigung: die deutschrechtliche Form war vor der Rezeption in Deutschland außerordentlich verbreitet gewesen, mit dieser dann durch die societas verdrängt und so im BGB nur ein früherer Rechtszustand wiederhergestellt worden. Die Gelegenheitsgesellschaft dagegen war als rein italienisch-französisches Rechtsgebilde in Deutschland aufgenommen worden und hatte hier keine ihr ähnlich ausgebildete Form vorgefunden und verdrängt, vielmehr eine willkommene Ergänzung geboten. Es wurde also mit der Neuordnung nicht ein früher vorhandenes Rechtsgebilde erneuert, sondern eines, das sich in jahrhundertelanger, eigenartiger Entwickelung in seinem unmittelbaren Rechtsgebiete Heimatsrechte erworben hatte, aus seinem Mutterboden herausgerissen und in eine ihm fremde Erde verpflanzt, eine Maßnahme, deren Folgen sich bei der Behandlung der Rechtsgrundsätze, denen die Begebungskonsortien unterliegen, des öfteren zeigen werden.

b) So ist die sedes materiae der für die Begebungskonsortien geltenden Rechtsgrundsätze eine andere geworden. Trotzdem sind die allgemeinen Vorschriften des

[1]) Denkschr. z. Entw. eines HGB., Sten. Reichstagsber. 4. Sess., 1895/97, 6. Anlagebd., S. 3220, vgl. auch Vorbem. S. 3141.

[2]) Reatz, 2. Lef. d. Entw. d. BGB., Bd. I, Berlin 1894, S. 329.

dritten Buches des HGB nach den §§ 343, 344 und 345 HGB anzuwenden, insofern die Konsorten Kaufleute sind oder doch wenigstens einer von ihnen, ein Fall, der ohne weiteres als die Regel angenommen werden kann. Diejenigen Bestimmungen jedoch, die früher das Handelsrecht vor allem gegenüber dem bürgerlichen Rechte auszeichneten, sind jetzt dessen Gemeingut geworden, z. B. der Grundsatz völliger Formfreiheit. Praktisch kommen daher in der Hauptsache nur die §§ 346, 347, 348, 352, 353, 361, 369 und diejenigen in Frage, die mit der Kaufmannseigenschaft der Konsorten zusammenhängen. Näher ist hierauf nicht einzugehen, da die Berücksichtigung der Vorschriften des HGB mit dessen allgemeiner Anwendbarkeit zusammenhängt, nicht aus der Eigenart der Begebungskonsortien folgert.

2) Die in der Einleitung als stilles Begebungskonsortium bezeichnete Art kam bis in das letzte Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts allgemein und fast ausschließlich zur Anwendung, wie sie auch in der Literatur fast allein behandelt ist.[1]) Merkwürdig erscheint dies gegenüber der Erwägung, daß die zweite Art, wie in der Einleitung gezeigt wurde, naheliegender und so viel vorteilhafter ist. Die Erklärung ist in der geschichtlichen Entwickelung gegeben. In der participatio haben Stille Gesellschaft wie Gelegenheitsgesellschaft

[1]) Vgl. Sydow, a. a. O. S. 425 ff; Ring, a. a. O. S. 178 f.; Behrend a. a. O. 986; Gareis-Fuchsberger a. a. O. S. 488; Dernburg BGB. 2. Bd. Halle 1906, S. 610, Anm. 5; Goldmann HGB. Bd. 2, Berlin 1905, S. 815; auch Staub, Komm. 1906, S. 1124 nimmt an, daß unter einem Begebungskonsortialgeschäft schlechthin nur diese Art verstanden werde und dies der Hauptfall sei. Er hält in seiner Darstellung, z. B. beim Gesamthandvermögen, im übrigen nicht scharf beide Arten auseinander. Auch Lehmann, Lehrb. d. Handelsr., Leipzig 1908, S. 495, sagt, es liege hier „regelmäßig eine Art stiller Gesellschaft vor". Die große Unsicherheit in der Literatur, besonders über tatsächliche Grundlagen, ist daher zu erklären, daß das Material sehr schwer erhältlich ist. Der Abschluß der Konsortien und ihr gesamtes Tätigwerden geschieht möglichst verborgen, besonders um die Tendenz der Papieraufkäufe zwecks Kursregulierung zu verdecken; sämtliche Offerten, Mitteilungen usw. geschehen unter „Streng vertraulich".

ihre gemeinsame Stammform. Auch sind sie im Laufe der Entwickelung stets innig verbunden aufgetreten. Das kommt in den Handelsgesetzgebungen einer ganzen Reihe von Staaten, in Deutschland noch in ihrer Zusammenfassung im dritten Buch des ADHGB zum Ausdruck. Gerade in jener Zeit, als die Gelegenheitsgesellschaft in Deutschland als hier unbekanntes Gebilde Aufnahme fand, schloß sich der kaufmännische Verkehr aufs engste und ängstlichste an die übernommenen Gebilde an und bevorzugte die stille Gelgenheitsgesellschaft in auffallendem Maße. Dies blieb bei der gerade im Handelsverkehr so vielfach zu findenden Neigung des Festhaltens am Überlieferten lange Zeit so und kam auch in der Bevorzugung stiller Begebungskonsortien zum Ausdruck, zumal sie sich unter dem ADHGB ohne Zwang unter die wenigen Vorschriften des Gesetzes unterordnen ließen.

a) Erst um die letzte Jahrhundertswende hat sich mit der zwingenden Gewalt wirtschaftlicher Gründe das offene Begebungskonsortium durchgesetzt und hat die führende Rolle des stillen Begebungskonsortiums im Emissionsverkehr eingenommen. Dieses zählt gegenwärtig so sehr zu den Ausnahmen, daß es fast nur noch historische Bedeutung hat[1]). Zu den für diese Umwandlung in der Einleitung angeführten wirtschaftlichen Gründen tritt noch der rechtliche Gesichtspunkt, der — gewiß oft unbewußt — einwirkte, daß die eingehenden Vorschriften des BGB über die Gesellschaft ganz dem Wesen der zweiten Art entsprachen, während die Unterordnung des stillen Konsortiums unter sie Schwierigkeiten machte.

Die Bedeutung beider Arten für die Emissionstechnik hat sich also gerade umgekehrt. Während bisher in der Literatur mehrfach eine Vermutung für die erstere Art aufgestellt wurde[2]), ist jenem Umstand durch die Annahme

[1]) v. Ziegler in Holdheims Monatsschr. 16. Jahrg. Nr. 2, S. 26; sämtliche vom Verfasser eingesehenen modernen Verträge betrafen die zweite Art. Auch die eingeholten Informationen ergaben das gleiche.

[2]) Staub, Komm. 1906, S. 1124; Sydow, a. a. O. S. 433 ff.

Rechnung zu tragen, daß heut eine Vermutung für das offene Begebungskonsortium spricht.

b) Auf die einzelnen Begebungskonsortien des Verkehrs wirken viele verschiedene Tatsachen ein, z. B. wechselnde Konjunkturen[1]) oder die Individualität der abschließenden Konsorten. Sie zeigen daher auch innerhalb derselben Art bedeutende Abweichungen voneinander, sodaß es notwendig ist, das stets sich gleichbleibende Merkmal einer jeden Art zu suchen, durch das es sich zugleich von der anderen Art unterscheiden wird. Man könnte glauben, daß es in der überragenden Stellung des Konsortialleiters einerseits und in der Gleichstellung der Konsorten andererseits enthalten wäre. Doch trifft dies nicht zu. Zwar äußert sich bei dem stillen Begebungskonsortium die Zentralisation in der Person des Konsortialleiters oft scharf, so häufig im Ausschluß der aus dem Grundsatze der Gleichordnung der Gesellschafter nach BGB den Konsorten zustehenden Rechte, wie dem auf Auskunft, Kontrolle und Rechnungslegung. Doch tritt sie auch mitunter weniger scharf hervor, wenn z. B. dem Konsorten diese Rechte in vollem Umfange belassen sind. Die dem offenen Begebungskonsortium eigene Dezentralisation kann andererseits einer mehr oder minder straffen Organisation weichen. So kommt es vor, daß der von den Konsorten bestellten Leitung die Befugnis zu strenger Vereinheitlichung des Begebungsgeschäftes übertragen wird. Auch findet sich häufig der Ausschluß der Verpflichtung zur Rechnungslegung oder die Bestimmung, daß nur *einem* Konsorten das Recht zustehen solle, sie zu fordern. Schließlich kann der Fall eintreten, daß im Konsortialvertrage der Leitung die ausschließliche Geschäftsführung und Verwirklichung des Konsortialzweckes übertragen ist, sodaß ihre Stellung ähnlich überragend zu sein *scheint*, wie die des Konsortialleiters der ersten Art.

[1]) Kaufmännischer Ausdruck für „die durch Umstände irgend welcher Art günstig oder ungünstig beeinflußte Geschäftslage". Vgl. Obst, a. a. O. S. 1155.

Aus den angeführten Rechten oder Nichtrechten des Leiters oder der Leitung wird sich also im Einzelfall nicht mit völliger Sicherheit entnehmen lassen, welche von beiden Arten vorliegt.

Das in erster Linie und ganz vorzüglich maßgebende Unterscheidungsmerkmal liegt im Konsortialzweck. Bei dem stillen Begebungskonsortium ist er die Vergemeinschaftung nur des Begebungsergebnisses, bei dem offenen die Vergemeinschaftung der Ausführung des Begebungsgeschäftes und seines Ergebnisses, ja oft auch der Übernahmetätigkeit.

Dafür, daß nur das Ergebnis der Begebung gemeinschaftlich sein soll, also ein stilles Begebungskorsortium vorliegt, wird im Einzelfall eine Untersuchung des Verhältnisses des Konsortiums gegenüber Dritten wertvolle Aufschlüsse ergeben, insbesondere die Feststellung des Fehlens einer Vertretungsvollmacht des Konsortialleiters für die stillen Konsorten. Daß eine solche nicht vorhanden ist, wird z. B. anzunehmen sein, wenn ein etwaiger Prospekt nur von dem Leiter unterzeichnet ist.

Bei der zweiten Art kommt der Umstand, daß auch die Begebungstätigkeit gemeinschaftlich sein soll, darin zum Ausdruck, daß die Geschäfte im Namen des Konsortiums vorgenommen werden, selbst wenn einem Konsorten die gesamte Leitung ausschließlich übertragen ist. Unter einem etwaigen Prospekte sind dann z. B. die Namen aller Konsorten zu finden. Auch darin tritt er hervor, daß bei den Übernahme- und Begebungskonsortien dem Ausgeber die Konsorten in ihrer Gesamtheit — zusammengefaßt in der Person einer Leitung oder nicht — gegenüberstehen. Nicht richtig würde es sein, stets aus einem Tätigwerden der Konsorten bei der Begebung der Papiere auf das Vorliegen eines offenen Begebungskonsortiums zu schließen. Steht doch z. B. dem nichts im Wege, daß der Konsortialleiter seine stillen Konsorten zur Tätigkeit als Zeichenstellen heranzieht, wie er die gleiche Tätigkeit ja auch oft

Dritten überträgt. Die Konsorten werden dann eben nicht in ihrer Eigenschaft als Konsorten tätig[1]).

c) Gehen wir von dem kleinsten Kreise, dem der Begebungskonsortien, weiter zu dem größeren der Gelegenheitsgesellschaften. Eine Einteilung nach entsprechenden Gesichtspunkten gibt hier Lastig, der stille und offene Gelegenheitsgesellschaften unterscheidet.[2]) Die Begebungskonsortien rechnet er insgesamt unter die letzteren: ihm ist nur das stille bekannt.

Als weitester Kreis kommt schließlich nach der durch das BGB geschaffenen Rechtslage die Gesellschaft überhaupt in Betracht. Auch sie wird nach entsprechenden Merkmalen eingeteilt, so von Dernburg in Innen- und Außengesellschaften[3]). Daß er diese Bezeichnungen wählte, hat seinen Grund nur in dem Bestreben, eine Verwechselung dieser stillen (Innen-) Gesellschaft mit der Stillen Gesellschaft des HGB zu vermeiden. Ein Mißverständnis ist bei der Bezeichnung „stilles Begebungskonsortium" nicht zu befürchten. Sie wurde hier statt „Innenbegebungskonsortium" gewählt, weil sie im Hinblick auf die geschichtliche Entwickelung und die rechtliche Verwandtschaft mit der Stillen Gesellschaft passender erschien. Dernburg hebt nur kurz hervor, daß das BGB die Außengesellschaft allein unmittelbar regele, während seine Vorschriften auf die Innengesellschaft nur insoweit entsprechende Anwendung fänden, als sie zu deren Eigenart paßten. Worin diese Eigenart liegt, sagt er nicht.

Diese Lücke wird durch Gierke ausgefüllt. Er unterscheidet eine rein schuldrechtliche, der römischen societas gleichende und eine personenrechtliche Gesellschaft deutschen Ursprunges, genauer, eine Gesellschaft mit einer durch die

---

[1]) Sydow, a. a. O. S. 441, Anm. 10.

[2]) Lastig bei Endemann I, S. 772.

[3]) Dernburg 1906, Bd. II, 2, S. 611.

gesamte Hand vermittelten Personeneinheit[1]). Besonders deutlich tritt dies in seiner Darstellung des Gegensatzes zwischen der Stillen Gesellschaft und der Offenen Handelsgesellschaft hervor. Aus seinen Ausführungen ergibt sich, daß seine Unterscheidung der Einteilung der Gesellschaft durch Dernburg, der Einteilung der Gelegenheitsgesellschaft durch Lastig und schließlich der Unterscheidung eines stillen von einem offenen Begebungskonsortium entspricht. Wurde oben das äußere Merkmal dieser letzteren in der Verschiedenheit ihres Zweckes festgestellt, so ergibt sich mit ihrer Unterordnung unter die Gierkesche Einteilung auch ihre rechtliche Eigenart in der entweder rein schuldrechtlichen oder in der auch personenrechtlichen Bindung der Konsorten.

III. Teil.

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegt im einzelnen das stille Begebungskonsortium?

1. Die rechtliche Natur des stillen Begebungskonsortiums.

Bei der Erörterung der Rechtsgrundsätze, denen das stille Begebungskonsortium unterliegt, ist noch die rechtliche Natur des Konsortialvertrages als Gesellschaft festzustellen, die bisher nur angenommen wurde.[2])

a) In den Kreisen der Vertragschließenden hat eine übereinstimmende Ansicht nicht immer geherrscht, wie schon

[1]) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, bes. S. 436, 450 ff.; Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 1902, S. 13 f.; Grundzüge des Handelsr. in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, S. 929 ff und als Gegensatz S. 943.

[2]) s. oben S. 18 und 27.

der Fall der Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 13, S. 309 ff. ergibt. Auch in der oft ungenauen Ausdrucksweise des kaufmännischen Briefverkehrs trat das zutage, z. B. in dem Satze: „Wir verkauften an Sie Nominal 100 000 ℳ der und der Papiere zum Kurse von 102 Prozent konsortialiter[1]." Demgegenüber ist festzustellen, daß die wirtschaftliche Seite des Geschäftes stets die gleiche und nie streitig war: der Konsorte sollte vom Konsortialleiter an dem erhofften Gewinne beteiligt werden, wogegen er sich zur anteiligen Abnahme etwa verbleibender Papiere verpflichten sollte.

aa) In Erörterung einer früher aufgetauchten Ansicht ist zu untersuchen, ob nicht etwa im Konsortialvertrage der Abschluß eines Kaufvertrages in Verbindung mit einem Verkaufsauftrage zu erblicken ist. Dessen rechtliche Konstruktion würde dann folgende sein[2]):

Der Konsortiale kauft seinen Anteil der Wertpapiere und zahlt einen Teil des Kaufpreises an; der Rest wird ihm in Rechnung gestellt. Die Eigentumsübertragung an den Papieren erfolgt durch sogenanntes constitutum possessorium (§ 930 BGB). In Verbindung damit erhält der Verkäufer den Auftrag, die Papiere bestmöglichst zu verkaufen und sie, falls dies in der vereinbarten Zeit nicht gelingen sollte, dem Auftraggeber auszuhändigen, der dann den rückständigen Kaufpreis zu zahlen hat.

Diese rechtliche Konstruktion läßt sich nicht halten, weil ein Auftrag zur Wiederveräußerung seitens des angeblichen Käufers sich nicht annehmen läßt. Der Konsortialleiter verkauft unter Umständen auch gegen den Willen des Konsorten, der sein Vertragsverhältnis, dem zufolge er seine Papiere zum Verkauf gestellt hat, nicht beliebig lösen kann. Wäre dieses ein Auftrag, so müßte er es aber

[1]) Sydow, a. a. O. S. 431 gibt diese Ausdrucksweise für die Bildung von Unterkonsortien (s. unten S. 87 ff.) an; sie kam jedoch auch bei der Bildung von stillen Hauptkonsortien vor.

[2]) Sydow, a. a. O. S. 436 f.; Thiwissen, Das Emissionsgeschäft, Erlangen 1900, S. 58.

nach § 671 BGB jederzeit widerrufen können. Auf dieses Recht kann bei Aufträgen im eigentlichen Sinne (mandatum mea gratia) überhaupt nicht vorzichtet werden[1]). Bei einem Auftrage zugleich im Interesse des Beauftragten (mandatum mea et tua gratia), der hier wohl anzunehmen wäre, könnte zwar ein solcher Verzicht stattfinden. Dies müßte aber ausdrücklich geschehen, zum mindesten irgendwie zum Ausdruck kommen, was nie der Fall ist[2]). Selbst wenn man aber auch noch einen Ausschluß des Widerrufs im Konsortialvertrage erblicken wollte, so wäre jene Konstruktion doch abzulehnen, da sie das tatsächliche Verhältnis auf den Kopf stellt. Im Abschluß des Konsortialvertrages kommt in erster Linie die Absicht des Konsorten zum Ausdruck, die Papiere nicht zu erhalten, nicht, sie zu erwerben: jener rechtlichen Konstruktion nach genau das Umgekehrte[3]).

bb) Doch vielleicht ist der Konsortialvertrag ein Kauf unter der aufschiebenden Bedingung, daß die vollständige Begebung der Wertpapiere dem Konsortialleiter nicht gelingt.

Wo bleiben aber in dieser Konstruktion die Vereinbarungen, die für den Fall des Gelingens des Unternehmens getroffen sind, da ja bei dem Kauf nur der Fall des Mißlingens berücksichtigt ist? Sie müßten als selbstständige Vereinbarung aufgefaßt und so der eine Vertrag in zwei zerlegt werden, von denen der eine für den Fall des Gelingens, der andere für den Fall des Mißlingens des Begebungsgeschäftes geschlossen ist. Das würde nicht dem

[1]) Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 671; Planck, Komm. z. BGB. 1907, Bd. II, S. 670.

[2]) Vgl. ROHG., Bd. 13, S. 310; Ring, a. a. O. S. 179.

[3]) Die Frage, ob Alleineigentum eines jeden Konsorten möglich ist, die Sydow a. a. O. S. 438, Laskau, a. a. O. S. 26 f. und Thiwissen S. 59 für den Nachweis der Unmöglichkeit obiger Konstruktion heranziehen, ist in einem Sinne zu beantworten, der ihre Verwendung für die Ablehnung jener nicht geeignet erscheinen läßt (s. unten S. 79.). Die zugleichem Zwecke von ihnen hervorgehobenen Beschränkungen des Konsorten in der Verfügungsmacht über sein Eigentum beweisen nichts, da sie auf ausdrücklicher oder stillschweigend anzunehmender Vereinbarung beruhen.

tatsächlichen Vorgang entsprechen. Auch ist „ein solches Absolutsetzen des Gelingens und Mißlingens unmöglich, da ja beim Abschluß des Konsortialvertrages das eine für das andere kausal ist.“[1]) Denn nur weil er das Glücken des Unternehmens und Gewinn erhofft, übernimmt der Konsortiale die Folgen des etwaigen Scheiterns, nur weil er seine Gefahr verringern will, tritt der Konsortialleiter einen Teil seines erhofften Gewinnes ab. Beide Konstruktionen, die in dem stillen Begebungskonsortium einen Kauf erblicken, entsprechen also nicht dem Wesen des Konsortialvertrages[2]). Wohl verleitet zu ihrer Aufstellung der Wortlaut der Vereinbarung, der häufig von „kaufen“ und „verkaufen“ spricht . Indes kann dem im kaufmännischen Briefverkehr gebrauchten Ausdruck kein maßgebender Einfluß auf die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur zugestanden werden.

b) Der Eigenart des stillen Begebungskonsortiums wird man vielmehr lediglich durch die Annahme gerecht, daß durch seine Bildung eine Gesellschaft entstehe.

aa) Dies ist entsprechend der Ansicht des Reichs-Oberhandelsgerichts[3]) regelmäßig dem Willen der Parteien zu unterstellen, „falls ein Geschäft auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust unternommen wird.“ Der Unterschied von der bloßen Gemeinschaft liegt in der Vereinbarung des bestimmten gemeinsamen Zweckes, wobei es gleichgültig sein muß, ob einer der Konsorten bestellt ist, allein die Verwirklichung dieses Zweckes vorzunehmen. Die rechtliche Konstruktion des stillen Begebungskonsortiums als Gesellschaft hat seit Sydows bereits mehrfach angeführten Aufsatz in Literatur und Gerichtsübung allgemein Aufnahme

[1]) Laskau, a. a. O. S. 28.

[2]) Vgl. ROHG., Bd. 17, S. 201: „Die Annahme ist grundlos, daß überall, wo es im Endergebnis auf die Abnahme einer Sache gegen Zahlung eines im voraus bedungenen Preises herauskommen kann, ein Kaufgeschäft vorliege“; vgl. ROHG. Bd. 13, S. 310.

[3]) ROHG. Bd. 13, S. 311

gefunden und ist darum auch schon der bisherigen Darstellung zugrunde gelegt.

bb) Welcher Art ist nun diese Gesellschaft? Eine Aktien-Gesellschaft ist sie nicht: eine solche müßte gegründet werden. Auch als offene Handelsgesellschaft kann man sie nicht bezeichnen, da ihr eine Firma und andere Kennzeichen einer solchen fehlen. Ähnlich ist das stille Begebungskonsortium in vieler Hinsicht der Stillen Gesellschaft. Doch die Beteiligung des Konsortialen findet nicht an dem Handelsgewerbe eines anderen, sondern lediglich zu einem bestimmten Zweck an einzelnen Geschäften statt. Aus dem gleichen Grunde schon kann es auch keine Kommanditgesellschaft sein. Da es keiner dieser Formen entspricht, muß wohl das Begebungskonsortium den Rechtsgrundsätzen der §§ 705 ff. des BGB unterliegen?

cc) Doch das BGB gibt nicht wie das ADHGB nur wenige Vorschriften, sodaß die rechtliche Gestaltung seiner Gesellschaft im Einzelfalle ganz dem Parteiwillen überlassen bliebe. Vielmehr regelt es eine Art der Gesellschaft bis in Einzelheiten, die zwar dem offenen Begebungskonsortium entspricht, der Eigenart des stillen aber nicht gerecht wird. Es stellt sich darum die Notwendigkeit einer Erörterung heraus, ob das BGB die Bildun geiner Gesellschaft in Art der Stillen Gesellschaft überhaupt noch zuläßt.

Dernburg hat diese Frage bejaht. Führt er doch aus, daß die Vorschriften des BGB auf die Innengesellschaft insoweit entsprechende Anwendung fänden, als sie zu deren Eigenart paßten[1]). Ihre Eigenart liegt, wie festgestellt wurde, in der rein schuldrechtlichen Bindung der Mitglieder im Gegensatz zu der auch personenrechtlichen der Gesellschaft des BGB. Dieser Unterschied wird aber durch die Wesensgleichheit beider überbrückt. Sind doch eben beide „Gesellschaften", wie außer in dem Namen z. B. darin zum Ausdruck kommt, daß die Vorschriften des HGB über die Stille Gesellschaft mehrfach auf gesellschaftsrecht-

[1]) Dernburg, a. a. O. Bd. 2, S. 611.

liche Vorschriften des BGB verweisen (z.B. §§ 338 f. HGB[1]). In der Wesensgleichheit beider wird der von Dernburg nicht angeführte Grund für seine bejahende Antwort zu finden sein, der wir uns anschließen[2]). Als äußerer Grund hierfür kommt noch hinzu, daß die Bestimmungen des ADHGB ja nur deshalb gestrichen wurden, weil man die Bestimmungen des BGB für ausreichend hielt, also auch annahm, daß eine rein schuldrechtliche Gesellschaft, so das damals vorhandene stille Begebungskonsortium unter ihnen, mindestens, daß es neben ihnen Platz fände.

Aus der Wesensgleichheit der Stillen Gesellschaft und der Gesellschaft des BGB ergibt sich so zunächst, daß das stille Begebungskonsortium dem Wesen der letzteren nicht widerspricht, vielmehr eine solche sein kann. Es muß eine Gesellschaft des BGB sein, da die rechtliche Natur des stillen Begebungskonsortiums als „Gesellschaft" feststeht, da weiter nachgewiesen ist, daß es sich unter keine der Gesellschaften des HGB unterordnen läßt. Wie ist aber seine Eigenart mit den Bestimmungen des BGB in Einklang zu setzen? Hierfür wird zweckmäßig die Nachgiebigkeit dieser Vorschriften heranzuziehen sein, vermöge deren sie durch ausdrückliche wie stillschweigende Parteivereinbarungen abgeändert werden können[3]). In erster Linie werden also bei dieser schuldrechtlichen Vereinigung die personenrechtlichen Bestimmungen des BGB als wegbedungen zu gelten haben. Weiter wird eine Abänderung der Bestimmungen des Gesetzes durch die Parteien dann anzunehmen sein, wenn die Eigenart des stillen Begebungskonsortiums mit ihnen nicht im Einklange steht. Denn mit dem Abschluß gerade eines derartigen Vertrages bringen die Abschließenden ihren abändernden Willen zum

[1]) So Windscheid a. a. O. 1906, Bd. 2, S. 792; vgl. Lehmann-Ring, HGB. Berlin 1902, Bd. I, S. 216: „Noch mehr hat bei der Stillen Gesellschaft die Erläuterung stets auf das BGB. Bezug zu nehmen."

[2]) So auch Planck, 1907, Bd. II, S. 726; Lehmann-Ring, HGB., Berlin 1902, Bd. I, S. 688; Windscheid, a. a. O. Bd. 2, S. 792; Motive 1888, Bd. II, S. 635.

[3]) Zwingend sind nur die §§ 716 Abs. 2, 723 und 724 BGB.

Ausdruck, der sich dann in logischer Fortführung der tatsächlich getroffenen Abmachungen ergibt[1]).

3. Die Entstehung des stillen Begebungskonsortiums.

a) aa) Für den Abschluß des Vertrages, durch den das stille Begebungskonsortium als Gesellschaft nach § 705 BGB entsteht, ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Er kommt also in dem Augenblicke zustande, wo die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien vorhanden sind. Diese können physische oder juristische Personen sein. Meist wendet sich das eine Bankhaus, der spätere Konsortialleiter, an seine Geschäftsfreunde mit einem Beteiligungsantrag (Offerte); damit, daß ihre Annahmeerklärung jenem zugeht, kommt dann der Gesellschaftsvertrag zustande.

bb) Zur Gültigkeit des Vertrages ist erforderlich, daß sich die Konsorten gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Zunächst müssen sich also die übereinstimmenden Willenserklärungen auf die Feststellung des gemeinsamen bestimmten Zweckes erstrecken, d. h. es müssen Art und Betrag der zu begebenden Papiere vereinbart werden, und es muß aus den Umständen hervorgehen, daß es sich um die Vergemeinschaftung nur des Begebungsergebnisses handelt, da sonst kein stilles, sondern ein offenes Begebungskonsortium zustande kommt. Ferner muß die Beitragspflicht der Konsorten vorhanden sein. Sie besteht beim Konsortialleiter in dem Abtreten eines Teiles des erhofften Gewinnes und in seinem Tätigwerden bei der Begebung, beim Konsorten in der anteiligen Gefahrübernahme bei der Verwertung der Papiere. Von der Beitragspflicht muß angenommen werden, daß die „Beteiligung am Konsortium"

[1]) ERG., JW. 1905, S. 719; wie weit z. B. das Reichsgericht die Nachgiebigkeit der Vorschriften des BGB. faßt, s. Urt. d. RG., 2. Zivilsen. v. 27. 11. 1908 in Holdheims Monatsschr., 18. Jahrg. Nr. 5 v. 8. Mai 1909, S. 132.

sie als stillschweigend vereinbart umfaßt, da sie vom Wesen des Konsortiums untrennbar ist. Notwendig ist, daß die gegenseitigen Leistungen der Konsorten bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind. Keinesfalls darf die Bestimmung der Verpflichtung zu einer Leistung und ihres Umfanges ins Belieben eines der Konsorten gestellt sein.

cc) Meist findet sich in dem Konsortialvertrage eine Bestimmung, nach der die Wertpapiere nicht unter einem festgesetzten Kurse losgeschlagen werden sollen. Sie ist ebensowenig zum Zustandekommen des Vertrages erforderlich wie die im Verkehr allerdings kaum jemals fehlende Vereinbarung des sogenannten Überlassungs- oder Konsortialkurses, der als Unterlage für die Berechnung des Gewinnes und als Abnahmekurs für den vom Konsorten abzunehmenden Anteil verbleibender Papiere festgesetzt wird.

Doch wie hoch soll dieser im Zweifel angenommen werden? Den Nennwert anzunehmen, wie Ring und Laskau es tun[1]), würde ganz willkürlich sein und z. B. zu ungeheuerlichen Ergebnissen führen, wenn der Übernahmekurs[2]) 60 Prozent oder 150 Prozent, der Nennwert 100 Prozent betragen hätte. Regelmäßig wird vielmehr der Überlassungskurs gleich dem Übernahmekurse und die Beteiligung wird „zu Originalbedingungen" abgegeben sein. Der Vorteil wird beim Eingehen eines stillen Begebungskonsortiums ebenso wie bei der unten zu behandelnden Unterkonsortialbeteiligung neben der Verringerung der Gefahr besonders in der Geschäftsverknüpfung, seltener im Gewinne gesucht. Oft wird beabsichtigt, treuen Kunden, z. B. kleineren Bankiers in der Provinz, einmal etwas zu gute kommen zu lassen. In vielen anderen Fällen wird

[1]) Ring, a. a. O. S. 179, Laskau a. a. O. S. 30, die durch ROHG. Bd. 13, S. 309 zu ihrer Annahme gekommen sind. Dort ist aber gerade ausgeführt, daß der Überlassungskurs im Zweifel der Übernahmekurs der Papiere ist; nur ist letzterer in dem besonderen Falle, da der Übernehmer Primitivzeichner ist, gleich dem Nennwert.

[2]) s. Einl. S. 12.

mit dem gleichen Entgegenkommen seitens der jetzigen Konsorten in ähnlichen Fällen gerechnet, wie aus folgender, in den Vertragsanträgen häufig wiederkehrender Bemerkung hervorgeht: „Wir gehen hierbei von der Voraussetzung aus, daß Sie dadurch veranlaßt sein werden, Ihrerseits auch uns eine Beteiligung bei Geschäften anzubieten, bei denen wir nicht beteiligt sein werden." Bei gewöhnlicher Marktlage würde aber die Absicht der Geschäftsverknüpfung beeinträchtigt und die Aussicht auf eine Abnahme der Beteiligungen stark vermindert, wenn das Bankhaus den Überlassungskurs höher als den Übernahmekurs ansetzen[1]) und so neben einem möglicherweise erzielten Gewinne zweifellos den Preisunterschied verdienen würde. Dazu kommt, daß das Ansetzen eines höheren Kurses bei Beteiligungen im Geschäftsverkehr nicht als geschäftlich entgegenkommend (kulant) gilt. Da also in der Regel die Beteiligung „zu Originalbedingungen" stattfindet, wird mangels besonderer Abmachungen der Übernahmekurs, keinesfalls aber der Nennwert als Überlassungskurs anzunehmen sein[2]).

Zu beachten ist noch der Zusatz „Vorbehaltlich Reduktion", der oft den Beteiligungsanträgen beigefügt wird. Durch ihn will sich der nachmalige Konsortialleiter sichern, wenn er sich gleichzeitig mit einer ganzen Reihe von Geschäftsfreunden in Verbindung setzt und in allen Anträgen zusammen Beteiligungen an mehr Wertpapieren ausbietet, als er tatsächlich zu begeben hat. Weiß er doch, daß im

[1]) Ein Fall, den Sydow, S. 432, annimmt und Laskau, S. 30 f. als die Regel betrachtet.

[2]) Die von v. Ziegler, a. a. O. S. 27 angeführte Entsch. ROHG. Bd. 15 S. 250 ff., aus der er für obigen Fall rechtl. Widersprüche mit dem Wesen des Konsortiums konstruiert, paßt nicht hierher, da dort von einer Erhöhung des Überlassungskurses gegenüber demjenigen Kurse die Rede ist, zu dem der größere Teil der Papiere ans Publikum gebracht werden sollte, also ein Verlust des Konsorten von Anfang an sicher war. Das ROHG. zieht auch die richtige Folgerung und nimmt einen wes. Irrtum an. Nicht richtig ist es, einen solch außergewöhnlichen Fall für einen allgemeinen Nachweis heranzuziehen, wie v. Ziegler es tut.

allgemeinen ein Teil seiner Anträge gar nicht oder nicht in der angebotenen Höhe angenommen wird, daß er also Zeit verlöre, böte er stets nur den Betrag aus, in dessen Höhe er Beteiligungen abgeben will.

Ein so gesicherter Antrag enthält die Verpflichtung, eine Beteiligung in der angebotenen Höhe zu gewähren, wenn nicht der Ausbietende nachweist, daß sich durch eine verhältnismäßige Kürzung aller Beteiligungen wegen Überbeteiligung ein geringerer Anteil des Konsortialen herausstellt[1]). Hierbei wird jener berechtigt sein, sich selbst mit einem angemessenen Anteil zu berücksichtigen. So ist der nachmalige Konsortialleiter gegen eine etwaige Überbeteiligung gedeckt. Er erhält aber durch jenen Zusatz nicht die Befugnis, nach Willkür die Beteiligungssumme des Einzelnen herabzusetzen, da dies der bindenden Natur eines Vertragsantrages widersprechen würde (§ 135 BGB).

Die Klausel „Vorbehaltlich Reduktion" findet sich außer bei Beteiligungsanträgen — allerdings seltener — auch bei der Abgabe von Beteiligungen, wenn das leitende Haus Zahl und Höhe der von ihm zu gewährenden Beteiligungen noch nicht übersehen zu können glaubt. Es gilt dann Entsprechendes.

b) Der Konsortialvertrag rechnet zu den „gewagten" (aleatorischen) Verträgen im weiteren Sinne[2]). Denn der Erfolg des Konsortialgeschäftes hängt vom Kurswert, dieser wieder von unberechenbaren Umständen ab, und unter jener Bezeichnung faßt man alle diejenigen Geschäfte zusammen, „deren Erfolg ganz oder doch wesentlich von im voraus nicht bestimmbaren Ereignissen und Tatsachen abhängt"[3]).

Da also beim Abschluß des Vertrages eine ganze Reihe nur zu erhoffender Umstände mit in Kauf genommen werden mußten, steht denen, die fest bestimmbar waren,

[1]) So auch ROHG. Bd. 13, S. 307; Ring a. a. O. S. 180; Sydow a. a. O. S. 448 f.; Laskau a. a. O. S. 32.

[2]) Vgl. Sydow, a. a. O. S. 440 Anm. 9.

[3]) Engelmann, a. a. O. S. 295.

ein um so größerer Einfluß zu. Als solche kommen besonders in Frage die wesentlichen Grundlagen in der Persönlichkeit des Ausgebers und der Gesamtbetrag der auszugebenden oder ausgegebenen Papiere[1]). Mit diesen Grundbedingungen konnte der stille Konsorte beim Abschlusse des Vertrages rechnen, und hat er gerechnet. Jeder Wechsel in ihnen hat daher auch ohne Verschulden des Konsortialleiters, wie Sydow sagt, „die Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Erfüllung des leitenden Hauses zur Folge“[2]), insbesondere da „das Geschäft, auf welches das Konsortium sich bezieht, seiner Natur nach ein solches ist, das nur einmal vorgenommen werden kann“[3]).

Ein ähnlicher Erfolg wie bei einer Erhöhung des Betrages der auszugebenden Papiere würde dadurch eintreten, daß Stücke für den Markt frei würden, deren Verkauf vertragsmäßig in der Hand des Konsortialleiters liegen sollte. Fälle, in denen das eintreten kann oder muß, werden wir unten kennen lernen. Wie wichtig es für den Erfolg des Geschäftes ist, daß die Stücke gebunden bleiben, kommt in der Einrichtung der „Sperre“ zum Ausdruck. Sie will die sogenannten Konzertzeichner, die nur zum Zwecke baldiger Wiederveräußerung die Wertpapiere kaufen, von der Emission fernhalten, indem die Erwerber sich verpflichten müssen, die Stücke eine bestimmte Zeit, meist drei oder sechs Monate oder ein Jahr lang nicht zu veräußern. Um dem Erwerber die Möglichkeit eines Bruches dieser Vereinbarung zu entziehen, werden verschiedene Mittel angewandt, z. B. bei Reichsanleihen zunächst nur sogenannte Interimsscheine mit aufgedruckter Sperre ausgegeben. Die Zinsscheine erhalten die Erwerber erst bei Ausgabe der Stücke der Staatsschuldenscheine, und auch dann können sie noch zurückbehalten werden, um jene noch festzuhalten. Aus diesen

[1]) Vgl. ROHG. Bd. 17, S. 206; ERG. Bd. 7, S. 203 f.
[2]) Sydow, a. a. O. S. 454.
[3]) Sydow, a. a. O. S. 453.

Maßnahmen ist zu schließen, wie wichtig die Gebundenheit der Papiere in der Hand des Konsortialleiters für den Konsorten ist. Da dieser mit ihr rechnete, wird auch sie zu jenen Grundbedingungen zu zählen sein und eine Veränderung in ihr wird ebenfalls die Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Erfüllung seitens des Konsortialleiters zur Folge haben.

3. Die Eigentumsverhältnisse bei dem stillen Begebungskonsortium.

Die Feststellung der Eigentumsverhältnisse an den Wertpapieren, deren Begebung den Gegenstand des stillen Begebungskonsortiums bildet, ist in mehrfacher Hinsicht von Wichtigkeit. Hervorgehoben wird nur ihr Einfluß auf die Stempelpflicht von Abnahme oder Erwerb der Papiere durch die Konsorten, ihre Bedeutung im Konkurse, wo Rechte ex iure dominii gegenüber schuldrechtlichen Forderungen einen Anspruch auf Aussonderung gewähren, und der Umstand, daß der Eigentümer die Gefahr des Unterganges zu tragen hat.

a) Daß die Papiere nicht gemäß § 718 BGB Konsortialvermögen werden, ergibt sich schon aus der rein schuldrechtlichen Natur des stillen Begebungskonsortiums, die ein solches Konsortialvermögen gar nicht zuläßt. Doch wird gerade darum der Nachweis, daß es schon aus Mangel an Bestandteilen nicht bestehen kann, eine wertvolle Bestätigung dafür sein, daß tatsächlich nur eine schuldrechtliche Bindung der Konsorten eintritt.

aa) In ein etwaiges Konsortialvermögen würden gemäß § 718 BGB in erster Line die Beiträge fließen. Die für ein solches in Frage kommenden bestehen aber im Abtreten der Gewinnhoffnung und in der Gefahrübernahme bei der Verwertung der Papiere, sind also, wenn überhaupt, erst bei der Beendigung des Konsortiums zu leisten, da erst dann feststeht, ob das Unternehmen gelungen oder mißlungen ist. Ebenso ist der Anteil an den Kosten erst bei Beendigung des Konsortiums zu zahlen.

bb) Es kommen nunmehr die Einzahlungen in Betracht, zu deren Leistung sich der stille Konsorte bisweilen verpflichtet. Sie stellen in erster Linie Sicherheitsleistungen für eine etwaige Forderung gegen den Konsorten nach Beendigung des Konsortiums dar und bezwecken, ihn gegen eine möglicherweise eintretende Änderung in der Vermögenslage des Konsorten zu decken[1]). Das geht schon daraus hervor, daß ihre Zahlung regelmäßig ratenweise erfolgt. Bei glattem und darum schnellem Absatz werden nur wenige Zahlungen erfolgen, mehr auch nicht notwendig sein, da keine oder nur wenige Papiere bei Beendigung des Konsortiums abgenommen werden müssen und in der kurzen Zeit eine wesentliche Änderung in der Vermögenslage des Konsorten kaum eintreten wird. Bei schleppendem Gang des Begebungsgeschäftes hingegen werden zahlreiche Einzahlungen erfolgen und auch für den Konsortialleiter von Wichtigkeit sein. Denn hier bleibt voraussichtlich das Konsortium mit einem größeren Teil der Papiere sitzen; die Erledigung der Verpflichtungen des Konsorten ist dann trotz etwaiger Änderung seiner Vermögenslage, die jetzt in der längeren Zeit erfolgen könnte, mindestens zum erheblichen Teil durch die Einzahlungen gewährleistet. Noch mehr tritt ihre Natur als Sicherheitsleistung darin hervor, daß sie auch dann vorkommen, wenn der Konsortialleiter nicht für eigene Rechnung handelt. Denn dann hat er keine Zahlungen zu leisten, deren Erstattung man in den Einzahlungen erblicken könnte.

Doch ist es verfehlt, deren Zweck lediglich in der Sicherstellung des Konsortialleiters zu sehen, wie es Sydow,

---

[1]) Vgl. Laskau, a. a. O. S. 35; Sydow, a. a. O. S. 450; ROHG., Bd. 17, S. 391 f.; — a. M. Thiwissen, a. a. O. S. 60. Mit seinen Gründen tritt er zu Unrecht Sydow entgegen; er kann garnicht zum gleichen Ergebnis kommen, da er nur das offene Begebungskons. berücksichtigt, jener nur das stille Da Thiwissen den Gegensatz der beiden Arten nicht erkannt hat (vgl. a. a. O. S. 15), verlieren seine auf Material aus der Praxis gestützten und darum bes. wertvollen Erörterungen viel an Wert und Klarheit.

Laskau und das Reichs-Oberhandelsgericht a. a. O. tun. Vielmehr beabsichtigt mit ihrer ausdrücklichen Vereinbarung oft zweifellos auch der Konsortialleiter, die geleisteten oder noch zu leistenden Zahlungen an den Ausgeber, die große Anforderungen an seine Kapitalkraft stellen, für sich weniger drückend zu gestalten, und es ist müßig, diese Absicht leugnen zu wollen. Das geschieht von Sydow usw. nur, um den Nachweis zu führen, daß sie nicht als gemeinschaftliches Vermögen der Konsorten anzusehen sind, sondern in das Vermögen des Konsortialleiters übergehen. Dafür ist aber eine solche dem tatsächlichen Willen der Parteien Zwang antuende Erklärung nicht erforderlich. Daß Zahlungen eines Gesellschafters an den geschäftsführenden Gesellschafter, mögen sie auch den Zwecken der Gesellschaft dienen, nicht gemeinschaftliches Vermögen werden müssen, ergibt das Beispiel der Stillen Gesellschaft. Stellt sich heraus, daß sonst kein gemeinschaftliches Vermögen besteht, so können wir annehmen, daß jene Einzahlungen — wie bei der Stillen Gesellschaft die Einlage — ins Eigentum des geschäftsführenden Konsorten übergehen.

Festzustellen ist, daß die Verpflichtung zu ihrer Zahlung weder essentiale noch naturale des Konsortialvertrages ist. Anderenfalls müßten sie auch ohne ausdrückliche Vereinbarung in der üblichen Höhe geleistet werden, was tatsächlich nicht der Fall ist.

cc) Zu einem etwaigen Konsortialvermögen würden die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände gehören, wozu man hier wohl auch die Wertpapiere rechnen könnte, wenn sie erst nach Abschluß des Konsortialvertrages erworben werden. Sie fließen jedoch nur in dieses, wenn der Erwerb im Namen der Gesellschaft geschehen ist, wie Literatur und Rechtsprechung übereinstimmend annehmen[1]): beim stillen Begebungskonsortium tritt aber

[1]) Z. B. Planck, Komm., Bd. II 1907, I b zu § 718, S. 751 f.; Staudinger, Komm. 1908 Bd. II, 2 III zu § 718 S. 1149; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 718; ERG. Bd. 54, S. 105 f.; Rechtspr. d. OLG. (Hamburg) Bd. 10, S. 186; Reatz 2. Lef., Bd. 1 S. 328 (§ 641 d. I. Entw.) — a. M. Dernburg Bd. II, S. 622, der seine abweichende Ansicht nicht begründet.

gerade der Konsortialleiter stets in eigenem Namen auf. Daß er nach § 667 i. V. m. § 713 BGB verpflichtet wäre, sie zu Konsortialvermögen zu machen, ist aber entsprechend der Eigenart des stillen Konsortiums — Zweck: Vergemeinschaftung nur des Ergebnisses — nicht anzunehmen; auch bestätigen dies die tatsächlichen Vorgänge, da in ihnen kein Anhaltspunkt zu finden ist, daß der Leiter eine etwaige solche Verpflichtung jemals erfüllte.

Da weder Beiträge, noch auch die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände, darum weiter auch nicht die Einzahlungen, Gesellschaftsvermögen werden, ist das Vorhandensein eines solchen abzulehnen[1]). In diesem wichtigen Punkt stimmt das stille Begebungskonsortium mit der Stillen Gesellschaft überein.

b) Da die Konstruktion des Konsortialvertrages als Kaufvertrag bei der Behandlung der Frage nach seiner rechtlichen Natur abgelehnt ist, kann auch nicht angenommen werden, daß die Wertpapiere in Höhe der Beteiligung Alleineigentum des stillen Konsorten werden. Es müßten dann dahin zielende Parteivereinbarungen getroffen sein, was beim stillen Begebungskonsortium nie der Fall ist. Auch Miteigentum könnte nur durch besondere Vereinbarung entstehen.

c) Mithin bleibt nur die Annahme übrig, daß das Alleineigentum des Konsortialleiters auch nach Abschluß des Konsortialvertrages fortbesteht.

Gemäß allgemeiner oder besonderer Vereinbarung steht oft dem Konsortialleiter das Recht zu, Wertpapiere vom Markte zwecks Kursstützung aufzunehmen. Da er auch hierbei im eigenen Namen auftritt, kann nach dem Gesagten nicht zweifelhaft sein, daß nur er Eigentümer der Papiere wird. Bald im Anschluß hieran soll erwähnt werden, daß der Konsortialleiter einen Gewinn beim Wiederverkauf

---

[1]) Vgl. ERG. v. 11. X. 1905, DJZ., 10. Jahrg. S. 1169 f., wo ebenfalls trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung angenommen wird, daß ein Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden sei.

der aufgenommenen Papiere dem Konsorten anteilig zukommen zu lassen hat, wogegen dieser verpflichtet ist, eine seiner Beteiligung entsprechende Menge etwa verbleibender Papiere abzunehmen.

4. Die Beziehungen der Konsorten untereinander und zu Dritten.

I. Das Verhältnis mehrerer Konsorten desselben Konsortialleiters.

Bisher haben wir stets von „dem" Konsorten des Konsortiums gehandelt. In der Regel schließt aber der eine Konsortialleiter mit mehreren Personen Konsortialverträge ab. Stehen dann diese, wie oben vorausgesetzt wurde, tatsächlich in keiner rechtlichen Beziehung zu einander?

a) Der Konsortialleiter gibt regelmäßig die weiteren Konsortialbeteiligungen ab, ohne die Einwilligung oder Genehmigung seiner bisherigen Konsorten einzuholen; ja oft wissen diese nicht einmal, wer außer ihnen noch einen Teil der Gefahr des Begebungsgeschäftes trägt. Die Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung des Konsortialleiters zur Aufnahme neuer Mitglieder läßt sich nicht halten. Da das Schicksal des Konsortiums von der Persönlichkeit der Konsortialen, z. B. deren Zahlungsfähigkeit, nicht unabhängig ist, könnte das Bestimmungsrecht der Konsorten über die Personen ihrer etwaigen Mitkonsorten nur mittelst ausdrücklicher Vereinbarung ausgeschlossen werden, die nie vorhanden ist. Ganz abgesehen davon ist aber eine solche Zuziehung weiterer Konsorten in das bereits bestehende Konsortium ohne Abschluß eines Vertrages auch mit dem Konsorten, nicht nur mit dem Leiter, schon wegen der lediglich schuldrechtlichen Bindung der Mitglieder ausgeschlossen. Fehlt doch bei einer so gearteten Vereinigung die personenrechtliche Einheit, die trotz des Wechsels der

Gesellschafter erhalten bliebe[1]). Das Ergebnis ist, daß durch jeden einzelnen der weiteren Verträge zwischen dem Konsortialleiter und dem jedesmaligen stillen Konsorten ein besonderes Konsortium gebildet wird, was Sydow zusammenfassend in dem Satze zum Ausdruck bringt: „also soviel Konsortien als Konsortialen"[2]).

Durch Vermittelung des gemeinsamen Konsortialleiters kann naturgemäß kein rechtliches Band entstehen, was folgerichtig der Satz zum Ausdruck bringt: socii mei socius meus socius non est[3]).

In jedem Konsortium ist der Konsortialleiter seinerseits mit dem gesamten Betrage der zu begebenden Papiere abzüglich des Anteils des betreffenden Konsorten beteiligt. Ob und wie er über seinen Anteil verfügt, kann dem Konsorten gleichgültig sein. Es steht mithin z. B. dem nichts im Wege, die Verträge unter verschiedenen Bedingungen abzuschließen, die sich natürlich nicht widersprechen dürfen, da dann der Leiter seine Verpflichtungen gegenüber einem Konsorten verletzten müßte.

In dem letzten Satze kommt zum Ausdruck, daß zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich der Abschluß mehrerer Konsortien seitens desselben Leiters Wirkungen zeitigt. Das ist z. B. der Fall, wenn eine Überbeteiligung eintritt, ohne daß der Vorbehalt der Reduktion getroffen ist. Rechtlich berührt das die Verpflichtung des Konsortialleiters, dem Konsorten den vollen Anteil zu gewähren, nicht. Rein tatsächlich dagegen stellt sich die teilweise Unmöglichkeit der Leistung heraus[4]).

Die gleiche Bobachtung machen wir z. B. in dem Falle, daß mit zwei Konsorten verschiedene Termine für die Be-

[1]) s. Gierke, z. B. Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 25 f.: die Annahme der Unmöglichkeit des Eintritts neuer Mitglieder, die hier herangezogen werden könnte, läßt sich nicht halten. (Vgl. a. a. O.; auch Anm. 38a.)

[2]) Sydow, a. a. O. S. 444.

[3]) Dig. 17,2 l. 20.

[4]) so Sydow, a. a. O. S. 449.

endigung ihrer Konsortien vereinbart sind. Es hat z. B. A als Konsortialleiter mit B abgemacht, das eine Konsortium solle am 1. Oktober, mit C, sein Konsortium solle am 1. September endigen. Dann bestehen rechtlich die Verpflichtungen so, wie sie eingegangen sind, und C wird seinen Anteil etwa verbliebener Papiere am 1. September erhalten, ohne daß dem B irgend ein Recht zustände, das zu verhindern. Rein tatsächlich aber wird das Freiwerden der Papiere für den Markt die oben erörterte Wirkung zeitigen, daß die vertragsmäßige Erfüllung für A unmöglich wird.

Erwähnt mag noch werden, daß sich die Konsorten untereinander organisieren können, vielleicht zu gemeinsamer Wahrung ihrer Rechte gegenüber dem Konsortialleiter, wie das gleiche Recht auch den stillen Gesellschaftern des HGB zusteht[1]). Wenn sie dann in rechtliche Beziehungen zu einander treten, so ist das natürlich nicht darauf zurückzuführen, daß sie Konsorten des gleichen Leiters sind.

Die Berücksichtigung des Fehlens jeglicher Beziehung der stillen Konsorten desselben Leiters zueinander führt auch zu einer befriedigenden Beantwortung der Frage, wie hoch die Beteiligung des stillen Konsorten im Zweifel anzunehmen sein wird. Nach den Vorschriften der §§ 706 und 722 BGB, deren Bestimmungen sich hier decken, würden die Anteile für Konsortialleiter wie Konsorten gleich zu bemessen sein. Die Grundlage des Satzes: Gleiche Rechte, gleiche Pflichten, der hierin zum Ausdruck kommt, ist jedoch die Gleichstellung der Gesellschafter nach BGB, die ihrerseits aus dem Zweck der Außengesellschaft, wirtschaftliche Organisation, folgert. Ein solcher Gesichtspunkt darf für das stille Begebungskonsortium nicht maßgebend sein, da von einer grundsätzlichen Gleichordnung seiner Mitglieder nicht die Rede sein kann. Auch machen wir die Beobachtung, daß im Geschäftsverkehr sehr selten die Hälfte des Gesamtbetrages vom Konsortialleiter an einen Konsorten ab-

[1]) Vgl. Staub 1906, Bd. 1, Anm. 5 zu § 335, S. 1100.

gegeben wird; es ist aber nicht angängig, die Ausnahme im Zweifel anzunehmen, an deren Festsetzung die Parteien beim Vertragsabschlusse kaum gedacht haben werden. Weiter ergibt sich ein Widerspruch jener Bestimmungen mit der Eigenart des stillen Konsortiums, wenn z. B. A als Konsortialleiter mit B, C und D stille Konsortien ohne Festsetzung der Höhe der Beteiligung abgeschlossen hätte. Dann wären dem A gegenüber nach jenen Vorschriften sowohl B wie auch C und wie schließlich D auf die Hälfte des Gesamtbetrages der Konsortialpapiere berechtigt; stehen doch die verschiedenen Konsortien in keinerlei rechtlicher Beziehung zu einander. Es zeigt sich, daß der Eigenart des stillen Konsortiums entsprechend, nicht ein stets sich gleichbleibender Anteil des Gesamtbetrages, der nur die Zahl der Konsorten berücksichtigt, im Zweifel anzunehmen sein wird, sondern daß die tatsächlichen Verhältnisse, z. B. das Vorhandensein noch weiterer Konsortien desselben Leiters, in weitem Maße in Betracht gezogen werden müssen.

Damit kommen wir zu dem Ergebnisse, daß im Zweifel ein „angemessener Anteil" für die Höhe der Beteiligung als ausbedungen zu gelten hat. Für die Stille Gesellschaft setzt § 336, Abs. 1 HGB das Gleiche fest.

b) Regelmäßig wird nach dem Vorangehenden das stille Begebungskonsortium nur aus zwei Personen bestehen. Man ist durch dieses Ergebnis zu der Annahme verleitet, daß als eigenartiges Merkmal die Zweizahl der Stillen Gesellschaft, bei der sie Literatur und Rechtsprechung anerkennen[1]), auch für das so entsprechend gebildete stille Begebungskonsortium zutrifft. In der Literatur ist dies als die Regel bezeichnet; indessen werden auch Fälle von mehr als zwei Mitgliedern eines Konsortiums erwähnt[2]), und auch die Praxis kennt sie, wenn sie auch sehr selten sind. Die Erklärung liegt in der geschichtlichen Entwickelung.

[1]) Lübbert, a. a. O. S. 43; bes. Anm. 109, wo auch die gesamte neuere Literatur darüber verzeichnet ist; Staub 1906 Bd. 1, Anm. 5 zu § 335, S. 1099 ff.; a. a. O. S. 1111.

[2]) z. B. Sydow, a. a. O. S. 443.

Wo die gleiche Form die Gelegenheitsgesellschaft und die Stille Gesellschaft umfaßte, wie z. B. die participatio, waren bei ihrer Anwendung für einzelne Geschäfte im Gegensatz zu der für einen Handelsgewerbebetrieb Verbindungen von mehr als zwei Personen gestattet. Darin mag wohl auch die oben erwähnte Bestimmung des spanischen Código de commercio ihren Grund haben, in der die Beteiligung von mehr als zwei Personen irrtümlich auf die Stille Gesellschaft ausgedehnt wird.

Keineswegs soll aber damit gesagt sein, daß im Gegensatz zu der obigen Ausführung doch alle Konsorten des gleichen Konsortialleiters in Beziehungen zu einander stehen. Dies ist nur dann der Fall, wenn sie durch denselben Vertrag das Konsortium eingegangen sind. Dem entspricht der von Sydow[1]) angezogene Fall der Aufnahme eines Konsorten ausdrücklich in das bereits bestehende Konsortium.

II. Die Rechte und Pflichten des Konsortialleiters und der Konsorten.

Für die folgende Darstellung der Rechtsgrundsätze, die das Verhältnis der Konsorten zu einander regeln, genügt es, den Hauptfall der Zweizahl im einzelnen zu besprechen, da sich Besonderheiten aus dem im Verkehr überaus seltenen Fall einer größeren Zahl kaum irgendwie ergeben.

Es sind zunächst die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Konsortialleiters und seines stillen Konsorten zu erörtern. Für sie gelten nach § 713 BGB vielfach die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 Abs. 2 BGB, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt. Hervorzuheben ist, daß dem Konsortialleiter verbindliche Anweisungen nur bei der Übertragung der Geschäftsführung gemacht werden können, weiter, daß für das gesamte gegenseitige Verhältnis von Konsortialleiter und Konsortialen, wenn sie, wie meist, Kaufleute sind, in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Hand-

[1]) Sydow, a. a. O. S. 443.

lungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist (§ 346 HGB). Ein Umstand, dem im Einzelfalle oft große Bedeutung zuzumessen sein wird, der aber aus offensichtlichen Gründen hier nicht berücksichtigt werden kann und darf.

a) Bereits erwähnt ist der regelmäßige Vorbehalt der Leitung seitens des ersten Bankhauses. Er hat gemäß § 710 BGB die Ausschließung des Konsorten von der Geschäftsführung zur Folge.

aa) Der Konsortialleiter hat sich bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen in erster Linie an die mit dem Konsorten getroffenen Vereinbarungen zu halten. Verpflichtet ist er weiter, nach freiem Ermessen alles zu tun, um die Papiere in möglichst großem Umfange und zu möglichst hohem, mindestens aber dem vereinbarten Kurse zu begeben. Nach § 665 i. V. m. § 713 BGB steht ihm das Recht zu, von Bestimmungen des Vertrages abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Konsorte bei Kenntnis der Sachlage einverstanden sein würde. Wenn dies ohne Gefahr möglich ist, hat er die Entschließung des Konsorten abzuwarten, in jedem Falle ihm Anzeige zu erstatten. Diese Benachrichtigungspflicht wird durch § 666 BGB i. V. m. § 713 auf jeden erheblichen Schritt des Konsortialleiters ausgedehnt[1]).

bb) In keinem Falle indessen wird man diesem das Recht zugestehen, die Papiere ohne Einwilligung des Konsorten unter dem Übernahmekurse zu verkaufen. Der Konsorte würde so einen Kursverlust ersetzen müssen, wozu er sich nicht verpflichtet hat, seiner Verpflichtung zur anteiligen Abnahme der verbleibenden Papiere aber, in der die Gefahrübernahme, sein Beitrag, enthalten ist, würde der feste Boden entzogen, da zu irgend einem Kurse die Begebung immer gelingen würde. Gegenüber

[1]) Vgl. Staub, Bd. 1, 1906 S. 1125, Ext. zu § 342, Anm. 3; ROHG. Bd. 22, S. 182.

diesen rechtlichen Erwägungen muß unberücksichtigt bleiben, daß dem Konsorten bei plötzlichem Fallen der Papiere mehr daran liegen kann, einen kleinen Kursverlust zu tragen, als einen großen Teil der Stücke abnehmen zu müssen.

Weiter entsteht zwar auch bei der Begebung zum Überlassungskurse noch ein Verlust für den Konsorten, der seinen Anteil an den Kosten des Unternehmens zu tragen hätte. Trotzdem wird man in dem Ausnahmefalle des § 665 BGB dem Konsortialleiter das Recht des Verkaufes zum Konsortialkurse zugestehen müssen. Denn die Verpflichtung des Konsorten zum anteiligen Tragen der Kosten besteht in jedem Falle; die Tätigkeit des Konsortialleiters entzieht also nicht wie ein etwaiger Verkauf unter dem Konsortialkurse einer durch Vertrag begründeten Verpflichtung den Boden. Hier wird man daher wirtschaftlichen Erwägungen Raum geben können; praktisch wird aber dem Konsortialen, da eine solche Begebung nur bei schlechtem Stand der Papiere vorgenommen werden darf, meist mehr gedient sein, wenn er nur seinen Anteil an den Kosten aufbringen, nicht aber die Papiere selbst abnehmen und noch seinen Anteil an den Kosten zahlen muß, mag er auch etwas geringer ausfallen.

cc) Außer der Benachrichtigungspflicht bei allen wichtigen Schritten setzt § 666 i. V. m. § 713 die Pflicht des Leiters fest, dem Konsorten über den Stand des Begebungsgeschäftes Auskunft zu erteilen. Der Verzicht hierauf ist angängig[1]) und geschieht häufig. Dem Gesellschafter gewährt § 716 BGB ferner das Recht der Einsicht in die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft. Während nun für die Papiere eines jeden Konsortialgeschäftes stets ein besonderes Aktenheft angelegt wird, kommt ein besonderes Buch für ein einzelnes Konsortium überhaupt nicht oder nur in Ausnahmefällen vor. Im allgemeinen werden lediglich gemeinsame Bücher für sämtliche Konsortien des betreffen-

[1]) Sydow, a. a. O. S. 452; Fischer-Henle Anm. 3 zu § 666.

den Bankhauses geführt, in denen die sich auf dasselbe Begebungsgeschäft beziehenden Buchungen dann wieder vereinigt sind. Bei einer solchen Buchungsart ist die Bestimmung des § 716 BGB für den Konsortialleiter überaus unangenehm, da eine Beschränkung des Konsorten auf die Einsicht in diejenigen Buchungen, die über das gerade ihn betreffende Konsortium gemacht sind, praktisch schwer durchzuführen ist. Die Folge ist, daß jenes Kontrollrecht meist durch ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen wird. Doch kann es trotz einer solchen Vereinbarung geltend gemacht werden, wenn begründeter Verdacht unredlicher Geschäftsführung vorliegt (§ 716 Ab. 2 BGB).

dd) Ferner hat der Konsortialleiter nach Beendigung des Konsortiums die Verpflichtung zur Rechnungslegung (§ 666 i. V. m. § 713 BGB) und zum Bewirken eines Rechnungsabschlusses (§ 721 BGB). Oft wird er im voraus davon befreit. Dann ist er aber zum mindesten verpflichtet, dem Konsorten rechnungsmäßig ein bestimmtes Endergebnis darzutun[1]). Denn einer derartigen Vereinbarung stimmt der Konsorte nur deshalb zu, weil er annimmt, daß der Konsortialleiter das Ergebnis des Unternehmens richtig mitteilen werde: nur darum erläßt er diesem im voraus, den Nachweis der Richtigkeit durch Belege zu führen. Daß der Konsorte auf die wenigstens äußerlich durch eigene Angaben des Konsortialleiters schlüssig gemachte Mitteilung, welches Resultat das Begebungsgeschäft ergeben hat, verzichten wollte, ist nicht anzunehmen, da er damit der Willkür des Leiters preisgegeben wäre. Naturgemäß braucht dessen Mitteilung nur in großen Zügen gehalten zu sein, da es gerade die Absicht des Leiters war, der vielleicht eine ganze Reihe Konsortien abschloß, nicht einem jeden Konsorten Einblick in die Einzelheiten der Abwickelung des Begebungsgeschäftes zu gewähren.

Hervorzuheben ist, daß der häufige Ausschluß dieser Rechte aus den gleichen Erwägungen erfolgt und etwa

[1]) Staub, Bd. I 1906 S. 1125; ROHG. Bd. 17 S. 391, Bd. 22, S. 385, 387 f.; Ring a. a. O. S. 180.

zu den gleichen Ergebnissen führt, wie die Bestimmung des § 338 HGB für die Stille Gesellschaft: der stille Gesellschafter kann nur abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen. Das jederzeit zustehende Kontrollrecht des § 716 BGB hat er nicht.

Die Abrede des Erlasses der Rechnungslegung ist, wie oben gezeigt, auf der Grundlage von Treu und Glauben unter der Voraussetzung der Redlichkeit der Geschäftsführung geschehen. Sobald begründeter Verdacht unredlicher Geschäftsführung vorliegt, sind die Voraussetzungen jener Abrede ins Wanken gekommen. Gleiche Erwägungen haben für die Offene Handelsgesellschaft zu der Bestimmung des § 118 HGB geführt. Auch für die Vorschrift des § 716 Abs. 2 BGB waren sie maßgebend. Es erscheint darum eine analoge Anwendung von § 716 Abs. 2 BGB auf den Fall des Ausschlusses der Rechnungslegung geboten. Trotz dieser Abrede ist also der Konsortialleiter zur Aufmachung einer spezialisierten Rechnung und zum Nachweis ihrer Richtigkeit durch Belege verpflichtet, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht[1]).

b) Mit der Feststellung der Pflichten des Konsortialleiters sind andererseits die Rechte des Konsorten bereits behandelt, wie das Recht auf Auskunft, Rechnungslegung, das Kontrollrecht usw. Mithin bleiben nur noch seine Verpflichtungen zu besprechen.

Gemäß regelmäßig wiederkehrender Vereinbarungen hat der Konsorte den seiner Beteiligung entsprechenden Anteil an den Kosten zu tragen. Da für dessen Berechnung nur die für das betreffende Begebungsgeschäft aufgewendeten Kosten in Frage kommen, muß sich die Rechnungslegung auch hierauf erstrecken.

[1]) Staub Bd. I 1906 S. 1125; Ring a. a. O. S. 180; Sydow, a. a. O. S. 456 f.; Laskau, a. a. O. S. 37; ROHG. Bd. 17, S. 209.

Bisweilen verpflichten sich die Konsorten nur bis zu einem bestimmten Höchstsatze beizusteuern. Dann kann der Konsortialleiter darüber hinaus nichts fordern, muß aber innerhalb des Satzes trotzdem Rechnung legen, da dieser ja nicht erreicht zu sein braucht. Hat sich dagegen der Konsorte zur Zahlung eines Pauschalquantums gegen Übernahme der Kosten durch den Konsortialleiter verpflichtet, so erübrigt sich die Rechnungslegung für die Kosten, da dann die tatsächliche Höhe derselben für den Konsorten gleichgültig ist. Beide Abreden sind indessen nicht als das Gewöhnliche anzusehen. Sie müssen darum ausdrücklich und zweifellos vereinbart sein.

Das Recht zur Entziehung der Geschäftsführung (§ 712 BGB) kann dem stillen Konsorten nicht zugebilligt werden. Da er nicht am Begebungsgeschäfte, sondern nur an seinem Ergebnisse teilnimmt, darf ihm nicht ein so bedeutender Einfluß auf jenes zustehen.

c) Außer den erörterten Verpflichtungen bestehen solche, die entweder den Konsortialleiter oder den Konsorten treffen, je nachdem die Begebung der Papiere gelungen ist oder nicht.

Sind alle Papiere abgesetzt worden, so hat der Leiter dem Konsorten seinen Gewinnanteil auszuzahlen, dessen Berechnung folgendermaßen erfolgt: von der für die Papiere eingegangenen Gesamtsumme werden die Gesamtkosten abgezogen. Von dem Rest wird der Teil genommen, der dem Anteil des Konsorten entspricht, und von der sich ergebenden Summe der Wert von dessen Beteiligung zum Überlassungskurse abgezogen. Außer dem sich so ergebenden Reingewinn hat der Leiter dem Konsortialen noch die etwa geleisteten Einzahlungen zu erstatten.

Ist dagegen die Begebung der Papiere ganz oder zum Teil mißlungen, so muß in erster Linie der Konsorte den seinem Anteil entsprechenden Teil der unbegeben gebliebenen Papiere gegen Zahlung des Überlassungskurses dem Leiter abnehmen, wobei etwa geleistete Einzahlungen

verrechnet werden. Natürlich erhält er auch dann den seiner Beteiligung entsprechenden Anteil an dem durch das Unterbringen eines Teiles der Papiere erzielten Reingewinne.

Für den Konsortialleiter ergibt sich ferner die Pflicht, dem Konsorten die verbleibenden Stücke sofort bei der Beendigung des Konsortiums anzubieten[1]). Denn es ist für diesen von der größten Bedeutung, die Konjunkturen[2]) voll ausnützen zu können, die sich aus dem Freiwerden der bisher der Verfügung des einzelnen entzogenen Papiere ergeben. Bei verspätetem Anbieten würden die Papiere im Verkehr inzwischen einer bestimmten Schätzung anheimgefallen sein; es wird darum der im Verzuge befindliche Leiter damit zu rechnen haben, daß der Konsorte leicht an der verspäteten Leistung kein Interesse mehr (im Sinne der §§ 286 Abs. 2 und 326 Abs. 2 BGB) haben wird. Endlich hat der Konsortialleiter dem Konsorten alle Vorteile des Geschäftes anteilig zuzuwenden (§ 667 i. V. m. § 713 BGB) z. B. auch aus der Verwertung von Bezugsrechten[3]). Auch während der Dauer des Konsortiums sich ergebende Zinsen- und Dividendenerträgnisse sind der Konsortialrechnung gutzubringen[4]).

III. Die Folgen von Verstößen gegen die Verpflichtungen.

a) Bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen haben Konsortialleiter wie Konsorte diligentiam quam in suis[5]) zu beobachten (§ 708 BGB). § 347 Abs. 1 HGB, der hier Anwendung findet, setzt zwar allgemein die Verpflichtung zur Sorgfallt eines ordentlichen Kaufmanns fest, bestimmt aber in Absatz 2 ausdrücklich, daß die Vorschriften des BGB unberührt bleiben, nach denen der Schuldner nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

[1]) Sydow, a. a. O. S. 460.
[2]) s. oben S. 33 Anm. 1.
[3]) Bolze, Praxis d. RG. i. Ziv. Bd. 19, Nr. 611, S. 342.
[4]) vgl. Thiwissen, a. a. O. S. 61.
[5]) vgl. über sie § 277 BGB.

Der gegen sie Verstoßende ist nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften dem anderen zum Schadenersatze verpflichtet. Verletzten Konsortialleiter oder Konsorte eine ihnen nach dem Vertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig, so liegt ein „wichtiger Grund" im Sinne des § 723 BGB vor, der nach dem gleichen Paragraphen sofortige Kündigung seitens des anderen Teiles zulässig macht. Ein wichtiger Grund zur Kündigung ist auch gegeben, wenn die Erfüllung einer Verpflichtung unmöglich wird (§ 723 BGB); und zwar ist es gleichgültig, ob dies verschuldet oder unverschuldet eintritt, ob es auf objektiver Unmöglichkeit oder subjektivem Unvermögen beruht.

b) Doch unter Umständen treten noch andere Folgen bei Verstößen der Beteiligten gegen ihre Verpflichtungen wie auch bei Unmöglichkeit der Leistung ein. Es kommen nämlich hier die Vorschriften über gegenseitige Verträge zur Anwendung. Die Frage nach ihrer Anwendbarkeit auf die Gesellschaft des BGB ist, besonders in den einzelnen sich ergebenden Besonderheiten, äußerst bestritten. Bestritten darum, weil das Wesen der gegenseitigen Verträge auf den Austausch von Leistungen unter den Vertragschließenden gerichtet ist, das der Gesellschaft aber außerdem und ganz vorzüglich auf wirtschaftliche Organisierung. Wie hieraus zu entnehmen ist, kann die Anwendung jener Vorschriften auf das stille Begebungskonsortium nicht zweifelhaft sein, da ja bei ihm der die Gesellschaft des BGB beherrschende Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Organisierung fortfällt und tatsächlich nur ein Austausch von Leistungen stattfindet.

Da ferner das stille Begebungskonsortium in der Regel die Zweizahl der Beteiligten aufweist, sind die sich aus einer größeren Zahl ergebenden Besonderheiten hier nicht von maßgeblicher Bedeutung.

IV. Die Beziehungen des Konsortiums zu Dritten.

Für die Beziehungen der Gesellschafter zu Dritten stellt § 714 BGB die Vermutung der Vertretungsvollmacht

in den Grenzen der Geschäftsführung auf. Da jedoch dieser Paragraph lediglich eine Auslegungsvorschrift gibt, ist es nicht notwendig, daß Geschäftsführung und Vollmacht zusammenfallen. So beim stillen Begebungskonsortium mit der rein schuldrechtlichen Bindung seiner Mitglieder. Der Konsortialleiter, der ja hier in eigenem Namen handelt, wird in jedem Falle aus seinen Handlungen Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet[1]), ganz wie es sich für die Stille Gesellschaft aus § 335,2 HGB ergibt. Daran ändert sich auch nichts, wenn er den Dritten gegenüber erklärt, für das Konsortium handeln zu wollen, und ebensowenig macht es aus, ob dem Dritten das Vorhandensein des Konsortiums bekannt ist oder nicht. Denn es fehlt an der Vollmacht des stillen Konsorten[2]).

Die Unveräußerlichkeit der gegenseitigen Ansprüche von Konsortialleiter und Konsorten bestimmt § 717 BGB, abgesehen von dem Anspruch auf den Gewinnanteil und den Ansprüchen aus der Geschäftsführung, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann.

5. Die Dauer des stillen Begebungskonsortiums.

Für das stille Begebungskonsortium wird in der Regel bei seiner Begründung ein Endtermin bestimmt. In jedem Falle muß man annehmen, daß es im Sinne des § 723 BGB für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, da die Zeitdauer sich hier, auch wenn sie nicht ausdrücklich festgesetzt sein sollte, aus dem Gesellschaftszweck ergibt[3]). Eine Kündigung ist also vor dem Ablauf dieser Zeit nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt[4]).

---

[1]) Sydow, a. a. O. S. 455; Fischer-Henle Anm. 6 zu 714.

[2]) Über analoge Anwendung des § 172 BGB. s. Knoke, a. a. O., S. 74.

[3]) Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 723; Knoke, a. a. O. S. 105; Lehmann-Ring, a. a. O. Bd. 1, S. 685.

[4]) Vgl. § 723 BGB.

a) Das Konsortium endigt mit Ablauf der Zeit, für die es errichtet wurde. Ist eine solche nicht bestimmt worden, so hört es mit der Begebung sämtlicher Wertpapiere zu bestehen auf oder bei dem Eintritt der Unmöglichkeit einer weiteren Begebung (§ 726 BGB), d. h. wenn unbegebene Wertpapiere noch vorhanden sind, aber angenommen werden muß, daß sie sich bei dem Mangel an „Meinung" für sie nicht mehr zum vereinbarten Kurse werden losschlagen lassen.

Sind bei dem Ablauf des Termins noch Papiere vorhanden, während die Aussicht besteht, sie noch begeben zu können, so kann und wird meist die Beendigung des Konsortiums bis zu einem späteren Termin hinausgeschoben werden. Hierfür ist die Einwilligung des stillen Konsorten erforderlich, und außerdem beim Bestehen mehrerer stillen Konsortien desselben Leiters, daß keiner die Beendigung und besonders nicht die Herausgabe seines Anteils der verbliebenen Stücke verlangt: ein Freiwerden von Papieren muß, wie oben erörtert wurde, vermieden werden.

b) Stellung zu nehmen ist weiterhin zu den Auflösungsgründen der §§ 727, 728 BGB, Tod[1]) und Konkurs eines der Beteiligten. Wird ihre Wirkung bei der Stillen Gesellschaft in Betracht gezogen — so oft haben sich ja schon die gleichen Rechtsgrundsätze für sie wie für das stille Begebungskonsortium herausgestellt — dann fällt die Vorschrift des § 339 Abs. 2 HGB auf, wonach die Stille Gesellschaft durch den Tod des stillen Gesellschafters nicht aufgelöst werden soll. Halten wir diese Bestimmung derjenigen des § 727 BGB entgegen, so werden wir darauf aufmerksam, daß die Wirkung des Todes des Gesellschafters des BGB aus dem Gesichtspunkt des Bestehens einer personenrechtlichen Einheit festgesetzt ist, für welche die Persönlichkeit des Gesellschafters von so großer Bedeutung ist, daß ihre Auflösung als natürliche Folge seines

[1]) Es ist hier vorzugsweise an den Fall zu denken, daß der Konsortialleiter eine physische Person ist.

Todes erscheint. Dieser Gesichtspunkt trifft bei dem rein schuldrechtlichen stillen Begebungskonsortium für den stillen Konsorten nicht zu, sodaß in ihm jene Bestimmung des BGB ihre Grundlage verliert und nur in dem geschäftsführenden Konsortialleiter fortbesteht[1]). Allerdings wird bisweilen der Tod des stillen Konsorten ein wichtiger Grund zur Kündigung im Sinne des § 723 BGB sein.

In Berücksichtigung dessen, daß der Vertrag, auf dem das stille Bergungskonsortium beruht, ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB ist, löst für den Fall des Konkurses der § 17 KO den entsprechenden § 728 BGB ab[2]).

Weiter kann das Konsortium durch Übereinkunft aufgelöst werden, wobei beide Teile zustimmen müssen. Daß der einzelne Konsorte unter gewissen Umständen die Auflösung herbeiführen kann, ist oben erörtert.

Das Eintreten von Auflösungs- oder Beendigungsgründen in der Person des stillen Konsorten berührt das Bestehen etwaiger anderer Konsortien nicht; treten sie indessen in der Person des Konsortialleiters ein, der allen diesen Konsortien zugleich angehört, so haben sie die Beendigung oder Auflösung sämtlicher Konsortien zur Folge.

Schließlich bleibt noch der von Ring[3]) angeführte Fall zu erwähnen, daß der Konsortialleiter stille Konsortien in eigenem Namen im Auftrage und für Rechnung des Gründerkonsortiums abschließt. Die für das stille Konsortium geltenden Rechtsgrundsätze werden durch diese Besonderheit nicht berührt.

In den wesentlichen Rechtsgrundsätzen stimmt das stille Begebungskonsortium mit der Stillen Gesellschaft überein. Seine Eigenart bringt es trotz der ihm ungünstigen Gesetzesbestimmungen allgemein wie auch im einzelnen zum Ausdruck, eine Tatsache, die sich nur mit seiner viel-

[1]) Das gleiche Resultat gibt Lehmann-Ring a. a. O. S. 687 an, ohne es zu begründen; auch Renaud-Laband, a. a. O. S. 237 kommt dazu.

[2]) Vgl. Renaud-Laband, a. a. O. S. 238.

[3]) Ring, a. a. O. S. 179.

hundertjährigen Entwickelung erklären läßt, da einem neuen Rechtsgebilde nie die Kraft innewohnen würde, sich derartig gegen, besser neben den Vorschriften des Gesetzes durchzusetzen. Eine zweite, für die Rechtswissenschaft bedauerliche Tatsache ist die, daß dieses Gebilde, das von einer so interessanten und eigenartigen Entwickelung zeugt, im heutigen Verkehr nur noch ein kärgliches Dasein fristet, ja gänzlich auszusterben droht.

IV. Teil.

Welchen Rechtsgrundsätzen unterliegt im einzelnen das offene Begebungskonsortium?

1. Die rechtliche Natur des offenen Begebungskonsortiums.

Da sich bei dem größten Teil der offenen Begebungskonsortien die Konsorten bereits zur Einleitung und Vornahme des Übernahmegeschäftes vereinigen, sind jene in der Mehrzahl als Übernahme- und Begebungskonsortien zu bezeichnen[1]). Den Gegensatz bildet der Pool, bei dem ja die Konsorten ihnen bereits gehörige Stücke zum gemeinsamen Verkauf stellen. Die folgende Ausführung wird die Übernahme- und Begebungskonsortien im wesentlichen nur in ihrer Tätigkeit als Begebungskonsortien berücksichtigen. Ihre Übernahmetätigkeit wird nur insoweit in Frage kommen, als sich daraus Folgerungen für ihre Begebungsaufgabe ziehen lassen.

a) Bei der Vereinigung für eine so umfassende Tätigkeit ist es meist bei der Gleichstellung der Konsortialen

[1]) so v. Ziegler, a. a. O. S. 26; vgl. auch Einl. S. 14

nicht möglich, in wenigen Sätzen wie bei dem stillen Begebungskonsortium bei der überragenden Stellung des Konsortialleiters alle Vereinbarungen zu treffen. Je größer die Gefahr der Unternehmungen und je umfassender der Kreis der Beteiligten ist, je lockerer die Beziehungen zwischen den Einzelnen sind, desto ausführlicher pflegen die in der Regel schriftlich festgelegten Vereinbarungen getroffen zu sein.

Doch bilden sich auch Konsortien in großer Zahl für die Begebung ganz sicherer Papiere, bei denen ein Verbleiben von Stücken nicht anzunehmen ist, vielmehr glatte Abwickelung des Geschäftes erwartet werden kann. Bei diesen pflegen — besonders bei sonstigen nahen Beziehungen der Konsorten — die schriftlichen Verträge von verhältnismäßiger Kürze zu sein. Aus ihnen können die in erster Linie ohne verwickelnde Parteivereinbarungen geltenden Rechtsgrundsätze am besten herausgeschält werden. Ein Beispiel eines solchen einfachen Vertrages wird darum hier gegeben[1]).

Bestimmungen für das Konsortium betreffend Begebung ℳ 5 000 000 . . . . . Pfandbriefe Sr. . . . . .

An dem Konsortium sind beteiligt die Banken:

A	in B	mit	40	Proz.
C	„ D	„	20	„
E	„ B	„	20	„
G	„ H	„	15	„
J	„ K	„	5	„
zusammen mit			100	Proz.

[1]) In der Literatur herrscht über die Grundlagen des offenen Begebungskonsortiums große Unsicherheit (vgl. S. 31, Anm. 1). Es finden sich nur einige Anhaltspunkte in ERG. und in den Aufsätzen von v. Ziegler und Meyer, Holdheims Monatsschr., 18. Jahrg. Nr. 4 und 5, sowie bei Wolff-Birkenbihl. Die hier wiedergegebenen Verträge sind dem Verfasser mit einer ganzen Reihe anderer in dankenswerter Weise von Bankhäusern zur Verfügung gestellt worden.

§ 1.

Die Leitung des Konsortiums liegt in den Händen der Bank A in B, die auch bereits im Namen des Konsortiums von . . . . . 5 000 000 obiger Pfandbriefe zu 98 Proz. zuzüglich der Hälfte der Stempelgebühren mit Abnahmefrist für 1. Juni 1909 übernommen hat. Die Konsortialleitung ist befugt, alle ihr für Abwickelung des Begebungsgeschäftes zweckmäßig erscheinenden Maßnahmen zu treffen, insbesondere Kursstützungskäufe vorzunehmen.

§ 2.

Der Bank liegt auch die Einforderung der jeweils erforderlichen Beträge pro rata der Beteiligung ob. Für ein etwaiges Konsortialguthaben werden Zinsen nicht vergütet: jedoch hat Ausschüttung bei einem jeweiligen Barbestande von 100 000 ℳ zu erfolgen.

§ 3.

Jedes Mitglied ist gehalten, ohne Rücksicht auf seine Quote bei dem Verkaufe mitzuwirken. Ein Verkauf von Pfandbriefen unter dem Kurse von 99½ Prozent ist nicht zulässig. Alle im Interesse der Durchführung des Geschäftes gemachten Auslagen fallen den Konsorten zur Last.

§ 4.

Die Dauer des Konsortiums wird bis zum 30. August 1909 festgesetzt, falls die Beendigung infolge Ausverkaufs nicht schon früher erfolgt. Schlußabrechnung ist der Bank E in B zu legen. Die von ihr erteilte Decharge ist für sämtliche Beteiligte verbindlich.

§ 5.

Sollten bei Beendigung des Konsortiums noch Pfandbriefe unverkauft sein, so sind diese auf die Konsorten im Verhältnis ihrer Beteiligung zu repartieren.

Ort, Datum. Unterschriften.

b) Die rechtliche Natur eines solchen Vertrages ist unzweifelhaft. War schon die Konstruktion des stillen Begebungskonsortiums als Kauf mit Verkaufskommission und als aufschiebend bedingter Kauf zu verwerfen, so kann eine solche bei dem hier vorliegenden Verhältnis überhaupt nicht erst in Frage kommen. Im Abschluß eines solchen Konsortialvertrages einen Kauf in irgend welcher Weise zu erblicken, ist undenkbar.

Ein Verein kann das Konsortium nicht sein; denn die Individualität seiner Mitglieder, von der der Verein unabhängig ist, ist für das Begebungskonsortium von wesentlicher Bedeutung. Dieser Umstand bildet aber gerade den maßgeblichen Gegensatz zwischen Verein und Gesellschaft: die Erfordernisse der letzteren weist das offene Begebungskonsortium auf. Zu den bei dem stillen Konsortium hervorgehobenen Merkmalen tritt noch hinzu, daß sich die Konsorten im Konsortialvertrage ausdrücklich verpflichten, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks, die Begebung der Papiere, außer durch Beiträge in einer durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, nämlich durch Mitwirkung bei dem Verkauf. Es tritt hierin das Unterscheidungsmerkmal von jenem hervor, da der Gesellschaftszweck auch Vergemeinschaftung des Begebungsgeschäftes umfaßt, nicht nur des Ergebnisses.

Da das offene Begebungskonsortium aus den bei dem stillen angeführten Gründen weder Aktiengesellschaft noch offene Handelsgesellschaft, noch auch Kommandit- oder Stille Gesellschaft sein kann, ist es vielmehr der Gesellschaft des BGB unterzuordnen. Seine Vorschriften in den §§ 705 ff. finden in erster Linie Anwendung, da das offene Begebungskonsortium den Dernburgschen Außengesellschaften entspricht, die im BGB ja gerade ihre Regelung bis ins einzelne gefunden haben. Eine einfache Wiedergabe der Bestimmungen des BGB erübrigt sich. Es sollen nur Besonderheiten hervorgehoben werden, die in der Eigenschaft dieser Gesellschaft des BGB als Begebungskonsortium und in wichtigen Parteivereinbarungen ihren

Grund haben. Auf die gerade im Gesellschaftsrecht des BGB zahlreichen Streitfragen, z. B. über die Anwendbarkeit der §§ 320 ff., einzugehen, liegt nicht im Rahmen der Abhandlung. Nur da, wo jene Streitfragen durch die Rechtsprechung oder die Behandlung der Literatur gerade bei dem Begebungskonsortium besonders hervorgetreten sind, werden sie hier kurz heranzuziehen sein.

Des öfteren finden sich Unterschiede zwischen den Übernahme- und Begebungskonsortien und dem Pool. Doch sind diese nicht so bedeutend, daß sich eine gesonderte Behandlung beider rechtfertigen würde.

2. Die Entstehung des offenen Begebungskonsortiums.

a) Die allgemein übliche schriftliche Abfassung des Vertrages, durch den das offene Begebungskonsortium entsteht, hat lediglich den Zweck einer Feststellung der Vertragsvereinbarungen für Beweiszwecke und zur leichten Einsichtnahme durch die Konsorten, da das BGB eine besondere Form für seinen Abschluß nicht vorschreibt.

Auch für den Zeitpunkt der Entstehung ist die schriftliche Abfassung ohne jede Bedeutung. Oft hat z. B. das Übernahme - und Begebungskonsortium schon den einen Teil seiner Aufgabe, die Übernahme der Papiere erledigt oder doch bereits eingeleitet, wenn die genauere Festsetzung des Begebungsvertrages im einzelnen erfolgt[1]). Seine Bestimmungen sind dann nach dem Inhalt des Übernahmevertrages auszulegen und zu ergänzen[2]). Sollen doch beide nur den Beweis für die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen erbringen.

b) Das Begebungskonsortium ist also schon dann vorhanden, wenn die übereinstimmende, auf seine Entstehung gerichtete Willenserklärung der Konsorten vorliegt, die

[1]) Vgl. § 1 ob. Vertrages und ERG. v. 3. Juni 1904, b. Gruchot, Bd. 48, S. 1045.

[2]) Vgl. ERG. v. 29. Jan. 1894, Gruchot, Bd. 48, S. 1045.

alle wesentlichen Punkte umfassen muß. Dahin gehört in erster Linie die Vereinbarung des gemeinsamen bestimmten Zweckes[1]). Ist die Höhe der Beteiligung der einzelnen nicht festgesetzt, so sind hier im Zweifel die Anteile an Gewinn und Verlust und die Höhe der jeweils einzuziehenden Beträge gleich anzunehmen (§ 706, 722 BGB).

Beim Pool wird allerdings in Berücksichtigung der Nachgiebigkeit der §§ 706 und 722 BGB die Höhe der Beteiligung nach dem Verhältnis der von den einzelnen zum Verkaufe gestellten Stückezahl zu bemessen sein.

Eine Vereinbarung über den Kurs, der der Berechnung von Gewinn und Verlust zugrunde zu legen ist, gehört dann zu den als wesentlich festzustellenden Grundzügen des Geschäftes, wenn die Konsorten beim Pool die Papiere zu verschiedenen Kursen übernommen hatten. In allen anderen Fällen ist der Übernahmekurs als Abrechnungskurs zugrunde zu legen.

3. Die Eigentumsverhältnisse bei dem offenen Begebungskonsortium.

Besonderer Nachdruck ist beim offenen Begebungskonsortium auf die Feststellung der Eigentumsverhältnisse zu legen. Sie ist bei ihm von um so größerer Wichtigkeit, als verschiedene Auffassungen über diese in jüngerer Zeit wiederholt zu Streitigkeiten zwischen dem Steuerfiskus und den Konsorten Anlaß gegeben und den Gegenstand mehrerer grundlegender Entscheidungen des Reichsgerichts gebildet haben. Zunächst werden die Eigentumsverhältnisse durchgängig bei den Übernahme- und Begebungskonsortien geprüft.

I. a) Aus den Beiträgen der Gesellschafter und den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen wird nach § 718 Abs. 1 BGB ein Gesellschaftsvermögen gebildet, das gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter ist. Dazu kommt das auf Grund eines der

[1]) vgl. oben S. 42 f.

Gesellschaft zustehenden Rechtes Erworbene, z. B. Zinsen, und die etwaigen Surrogate für dem Gesellschaftsvermögen angehörige Gegenstände. Mit § 718 BGB ist ein Eigentum der Gesellschafter zur gesamten Hand geschaffen, wie aus den Folgerungen dieser Feststellung in den §§ 719, 725 und 738 BGB hervorgeht[1]).

aa) Ein entsprechendes Konsortialvermögen ist auch bei den Übernahme- und Begebungskonsortien anzunehmen. Denn deren Zweck bildet die Übernahme und Begebung von Wertpapieren. Um ihn zu erreichen, erwirbt zunächst der geschäftsführende Konsorte im Namen des Konsortiums die Wertpapiere (§ 1 des Vertrages) und zieht dann anteilig von den Konsorten Beiträge zu ihrer Bezahlung nach Maßgabe der vereinbarten Zahlungsbedingungen ein (§ 2 des Vertrages).

bb) v. Ziegler[2]) sucht demgegenüber auszuführen, daß ein Konsortialvermögen nicht anzunehmen sei; er führt folgendes aus: „Bei unseren Emissionskonsortien will nach der stillschweigend gedachten Absicht gemäß dem Herkommen kein Gesellschaftsvermögen erworben werden. Ihr Zweck ist Gewinn aus Handlungen, nicht Vermögensbesitz. Und dieser Zweck sieht von Eigentumsfragen, die für ihn ganz irrelevant sind, vollkommen ab. Er braucht und will kein Gesellschaftsvermögen. Er wird erfüllt, unabhängig von der Zufälligkeit, ob die Papiere einem Konsortialen, den einzelnen Konsorten oder allen gemeinschaftlich gehören." Mit diesen Ausführungen erachtet v. Ziegler für bewiesen, daß kein Gesellschaftsvermögen im Sinne des BGB, sondern wie nach früherem Rechte Miteigentum entsteht.

Einmal schiebt er indessen den Konsorten Absichten unter, die sie beim Abschlusse des Vertrages nicht hatten. Denn

---

[1]) ERG. Bd. 56, S. 208 f. u. S. 432; ERG. v. 2. Nov. 1903 in JW. 1903, S. 436 Nr. 15; ausführlich in ERG. Bd. 56, S. 98 ff.; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 718; Reatz 2. Lef. Bd. 1, Anm. 2 zu § 658, S. 339 f.

[2]) v. Ziegler, a. a. O S. 32 f.

haben die Konsorten dabei an eine Regelung der Eigentumsverhältnisse überhaupt gedacht, ohne besondere Bestimmungen hierüber zu treffen, so kann man daraus keinesfalls entnehmen, daß sie die für den Gesellschaftszweck besonders wertvollen personenrechtlichen Vorschriften des Gesetzes über die Sicherung des Gesellschaftsvermögens außer Kraft setzen und sich mit einer lediglich schuldrechtlichen Bindung desselben begnügen wollten[1]).

v. Ziegler wird aber auch durch seine eigenen Ausführungen geschlagen. Die Vorschriften des Gesetzes sind gerade für den Fall gegeben, den er annimmt, daß nämlich Eigentumsfragen dort streitig werden, wo sie beim Eingehen des Rechtsverhältnisses für den von den Parteien verfolgten Zweck bedeutungslos erschienen und darum nicht besonders geregelt sind. Der „Wille gemäß dem Herkommen" kann nicht in Betracht gezogen werden. Dieser beruhte vor dem 1. Januar 1900 seinerseits auf dem geltenden Rechte. Nach der von v. Ziegler hierin vertretenen Ansicht würde die letzte Folgerung die sein, daß niemals eine das bisherige Recht abändernde nachgiebige Gesetzesvorschrift in Anwendung kommen könnte, da stets ein stillschweigender „Parteiwille gemäß dem Herkommen" angenommen werden müßte.

cc) Hiernach kann das Bestehen eines Gesellschaftsvermögens im Sinne des § 718 BGB für die Übernahme- und Begebungskonsortien nicht in Zweifel gezogen werden. Irgend welche Besonderheiten ergeben sich für die rechtliche Konstruktion dieses Gesellschaftsvermögens aus dem Wesen der Konsortien nicht. Die personenrechtliche Bindung der Konsorten tritt jedenfalls in ihm deutlich hervor.

b) Der Steuerfiskus leitete aus dem Wesen des Gesamthandvermögens für die Banken unangenehme Stempelabgaben, besonders bei der Übernahme von Papieren durch die Konsorten, her, und seine Auffassung wurde vom RG

[1]) ERG. Bd. 56, S. 210; Meyer a. a. O. S. 127, Anm. 5.

bestätigt[1]). Für den Bankverkehr ergab sich daraus der Ausschluß der nachgiebigen Bestimmung eines Gesellschaftsvermögens im Sinne des § 718 BGB im Konsortialvertrage, wenn nach Ansicht der Konsorten nur irgendwie mit der Möglichkeit eines Verbleibens eines Teiles der Stücke gerechnet werden konnte.

aa) Da schon hierfür, wie auch für die folgenden Ausführungen das Beispiel eines bis in alle Einzelheiten das Konsortialverhältnis regelnden Vertrages von Wichtigkeit und Interesse ist, wird ein solcher der Praxis entnommener Vertrag hier wiedergegeben[2]).

Konsortialbestimmungen

betreffend 6 000 000 ℳ junge Aktien der . . . . . Aktiengesellschaft zu . . . . . (Dividendenberechtigt ab 1. Januar 1907).

Die nachfolgenden Banken und Firmen haben sich unter Ausschluß der Solidarität zwecks Übernahme und Verwertung von 6 000 000 obiger Aktien zu einem Konsortium vereinigt, für welches die nachstehenden Bestimmungen gelten.

§ 1.

Die Bank A in B zeichnet, falls die am 18. August a. cr. stattfindende Generalversammlung der . . . . . Aktiengesellschaft die Neuausgabe von Nominal 7 000 000 ℳ Aktien mit Dividendenrecht vom 1. Januar 1907 ab beschließt, unter der Voraussetzung, daß dieser Beschluß bis zum 18. Oktober a. cr. in das Handelsregister eingetragen ist, Namens und für Rechnung des Konsortiums Nominal 6 000 000 ℳ dieser jungen Aktien zum Kurse von 135 1/2 Prozent für die gestempelten Stücke mit der Maßgabe, daß sie bei der Zeichnung für Rechnung des Konsortiums die

[1]) ERG. Bd. 56, S. 206; vgl. auch Meyer, a. a. O. S. 126, der die Folgerungen des RG. deshalb beanstandet, weil sie den wirtschaftlichen Anschauungen nicht genügten.

[2]) Vgl. S. 67, Anm. 1.

erste Einzahlung von 25 Prozent zuzüglich $35^1/_2$ agio, also von $60^1/_2$ Prozent minus 4 Prozent Stückzinsen auf 25 Prozent bis 31. Dezember 1906 leistet. Sie übernimmt hierbei die Verpflichtung, diese 6 000 000 ℳ Aktien den alten Aktionären der Gesellschaft innerhalb einer noch festzusetzenden Ausschlußfrist namens des Konsortiums derart zum Bezuge anzubieten, daß auf je 6 000 ℳ alte Aktien je 1200 ℳ neue Aktien zum Kurse von 139 Prozent bezogen werden können. Ebenso leistet die Bank für Rechnung des Konsortiums die später fällig werdenden Einzahlungen von zusammen 75 Prozent.

§ 2.

An dem Konsortium sind beteiligt:

die Bank A in B u. die Bank C in D, zus.	mit	$37^1/_2$	Proz.
„ „ E „ B	„	$22^1/_2$	„
„ „ F „ B	„	20	„
„ Firmen G in B und H in B, zus.	„	$12^1/_2$	„
„ Firma J in B	„	$7^1/_2$	„
	zus. mit	100	Proz.

Diese Quoten sind auch maßgebend für den Anteil eines jeden Konsorten an den den Gegenstand dieses Konsortiums bildenden Wertpapieren unter Ausschluß der Solidarität, sodaß durch diesen Konsortialvertrag kein Vermögen der Konsorten zur gesamten Hand entsteht.

§ 3.

Die Leitung des Konsortiums liegt in den Händen der Bank A in B, welche auch die Konsortialrechnung führt; die Bank wird aber in allen wichtigen Angelegenheiten eine Beschlußfassung der Hauptbeteiligten veranlassen.

Die Abstimmung bei diesen Beschlußfassungen erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit, wobei jedes $^1/_2$ Prozent Beteiligung eine Stimme gewährt. Die so gefaßten Beschlüsse sind für sämtliche Beteiligten am Konsortium bindend. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme der Konsortialleitung.

§ 4.

Die Einführung der jungen Aktien an den Börsen von B und D soll baldtunlichst erfolgen. Der Zulassungsantrag und der Prospekt werden von sämtlichen Hauptkonsorten unterzeichnet; diese sind auch sämtlich berechtigt und verpflichtet, ohne Rücksicht auf ihre Quote beim Verkaufe der Aktien mitzuwirken.

§ 5.

Die Bank A übernimmt für Rechnung des Konsortiums die Regulierung des Kurses der alten Aktien, sowie des Bezugrechts während der für den Bezug der jungen Aktien festzusetzenden Präklusivfrist, ebenso die Vermittelung des An- und Verkaufs von Spitzen[1]). Sie kann zu diesem Zwecke bis zu 600 000 ℳ alte oder neue Aktien aufnehmen.

§ 6.

Die Einzahlungen werden durch die Konsortialleitung einberufen, sobald die Einzahlungen auf die Aktien zu leisten sind und im übrigen, soweit es der Stand der Syndikatsrechnung erfordert. Für etwaige Vorschüsse berechnet die Konsortialleitung 1 Prozent Zinsen über Reichsbankdiskont. Guthaben des Konsortiums werden nicht verzinst, sie gelangen aber zur Ausschüttung, sobald sie jeweils den Betrag von 150 000 ℳ erreicht haben.

§ 7.

Die Dauer des Konsortiums wird bis zum 30. Juni 1907 festgesetzt und kann durch Beschluß der Konsorten um ein halbes Jahr verlängert werden. Auch für diesen Beschluß genügt einfache Stimmenmehrheit, wie im § 3 Abs. 2 vorgesehen. Im Falle der Abwickelung der Konsortialgeschäfte vor dem gedachten Termin kann eine frühere

[1]) Börsenausdruck für „krumme Beträge", die nicht ausreichen, um das Bezugsrecht auszuüben, die aber mit anderen „Spitzen" vereinigt wieder ein Bezugsrecht gewähren und darum einen Börsenpreis haben. Vgl. Obst, a. a. O. S. 1179.

Auflösung erfolgen. Sofern bei Auflösung des Konsortiums noch unverkaufte Aktien vorhanden sein sollten, sind dieselben seitens der Konsorten nach Maßgabe ihrer Quoten abzunehmen.

§ 8.

Die von der Bank A in B geführte Konsortialrechnung ist für alle Konsorten bindend, wenn sie von der Bank E in B geprüft und dechagiert ist.

Ort, Datum. Unterschriften.

bb) An diesem Vertrage interessiert zunächst am meisten § 2 Abs. 2, der das Konsortialvermögen zur gesamten Hand ausschließt. Damit haben die Konsorten die nachgiebigen Vorschriften des BGB abgeändert, wozu sie befugt sind. Durch die Übernahme der Wertpapiere im Namen des Konsortiums entsteht also nicht mehr ein besonderes Konsortialvermögen, sondern Miteigentum der Konsorten und zwar beim Fehlen einer besonderen Vereinbarung über dessen Art das Miteigentum nach Bruchteilen der §§ 1008 bis 1011 BGB[1]). Es würden also nach obigem Vertrage die verschiedenen Banken und Firmen durch den Übernahmevertrag „Anspruch auf Miteigentum von jedem einzelnen Stücke der (Schuldverschreibungen; hier:) Aktien nur (zu $\frac{300}{100}$; allgemein:) nach Maßgabe ihres Anteils erworben haben[2])",

[1]) Vgl. ERG. b. Gruch. Bd. 48, S. 1044.

[2]) ERG. b. Gruch. Bd. 48, S. 1044. — A. M. v. Ziegler, a. a. O. S. 33 f.; anscheinend auch ERG. Bd. 24 S. 46, das allerdings überhaupt nicht das Miteigentum nennt und nicht ausführt, welche Art von Miteigentum es meint. — v. Ziegler kommt zu anderem Ergebnis, weil er offenbar nicht ideelle Anteile an dem Eigentumsrecht an jedem einzelnen Wertpapier, sondern das auch in ERG. b. Gruch. Bd. 48, S. 1044 erörterte Miteigentum annimmt, das sich als Teilrecht an der Gesamtheit der Schuldverschreibungen darstellt, derart, daß jedem Kons. in Höhe seines Anteils Alleineigentum zustehen solle (a. a. O. S. 33). Es handelt sich hier, wie das RG. a. a. O. ausführt, „in Wirklichkeit nicht um Miteigentum mehrerer an einer Sache, sondern um Alleineigentum mehrerer an verschiedenen Sachen."

z. B. die Bank E zu $\frac{22^1/_2}{100}$

die Bank F zu $\frac{20}{100}$ u. s. f.

cc) Auch aus dem Miteigentum der Konsorten ergeben sich, wie aus der oben angeführten Entscheidung des Reichsgerichts erhellt, unbequeme Stempelabgaben. Um allen Folgerungen aus Mit- oder Gesamteigentum zu entgehen, wird in der neuesten Zeit regelmäßig durch den Konsortialvertrag beides ausgeschlossen und vereinbart, daß Alleineigentum der Konsorten durch die Übernahme der Papiere entstehen solle. Die Eigentumsübertragung vom Ausgeber auf die Konsorten erklärt sich ohne Schwierigkeiten, wenn den Konsorten ihr Anteil an den Wertpapieren unmittelbar vom Ausgeber übermittelt wird. Wenn dagegen, wie es oft geschieht, die Konsortialleitung die Stücke übernimmt und die Konsorten sie erst später, vielleicht niemals erhalten, muß, um dem Willen der Parteien gerecht werden zu können, ein constitutum possessorium angenommen werden: die Leitung behält als Vertreter des Ausgebers — allerdings eine etwas künstliche Konstruktion — die Papiere, wobei das außer dem Kauf- bezw. Übernahmevertrage notwendige zweite Geschäft[1]) im Gesellschaftsvertrage zu erblicken wäre.

Wird aber, wie es oft geschieht, nur schlechthin bestimmt, daß die Konsorten Alleineigentum an den Papieren erwerben sollen, so ergeben sich dem Zwecke des Konsortiums hinderliche Folgerungen. Der einzelne Konsorte würde nämlich als Eigentümer jederzeit in der Lage sein, seine Stücke herauszuverlangen[2]); eine solche Möglichkeit würde aber dem Zwecke des Konsortiums zuwiderlaufen. Es müßte also die schuldrechtliche Verpflichtung der Konsortialen festgelegt sein, ihre Stücke nicht vor Beendigung des Konsortiums herauszuverlangen. Außerdem müßte festgelegt

[1]) Vgl. Engelmann 1906, a. a. O. S. 494.

[2]) Vgl. Meyer, a. a. O. S. 127.

werden, wie eine zwischen Konsorten an zu begebenden Papieren bestehende Gemeinschaft aufzufassen ist (s. z. B. die Banken A in B und C in D in § 2 d. Vertr. S. 75).

Dies in für das Konsortium befriedigender Weise lediglich aus dem Ausschluß des Gesamt- und Miteigentums und dem Wesen des Konsortiums folgern zu wollen, würde nicht angängig sein. Es wird damit in diesem Falle notwendig sein, etwa folgende Bestimmungen in den Konsortialvertrag aufzunehmen: Gesamt- oder Miteigentum der Konsorten entsteht durch diesen Vertrag nicht, vielmehr erwirbt jeder die seiner Beteiligung entsprechende Anzahl Stücke durch die Übernahme unmittelbar zu Eigentum, sodaß gemeinsam nur das Verkaufsergebnis in Form einer obligatorischen Ausgleichspflicht ist. Jeder Konsorte ist verpflichtet, seine Wertpapiere zum Verkaufe auf gemeinschaftliche Rechnung zur Verfügung zu stellen. Die Auseinandersetzung einer zwischen Konsorten an Konsortialwertpapieren etwa bestehenden Gemeinschaft erfolgt außerhalb des Konsortiums.

Der von Sydow[1]), — Laskau[2]) und Thiwissen[3]) schließen sich ihm an — aufgestellte Grundsatz, ein Alleineigentum der Konsorten sei garnicht möglich, trifft nicht zu. Sydow sagt: „Die Veräußerung jeder Aktie erfolgt im Interesse der Gemeinschaft aller Teilnehmer des Konsortiums: dies ist mit einem Eigentum jedes Konsortialen an einer bestimmten Zahl von Aktien unvereinbar." Er unterscheidet hier nicht scharf zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten. Zweifellos ist eine dahingehende schuldrechtliche Verpflichtung zulässig, daß das Verkaufsergebnis von Gegenständen — mag das dingliche Recht des Eigentums wem auch immer zustehen — mehreren in einem gewissen Verhältnis zugute kommen soll.

---

[1]) Sydow, a. a. O. S. 438; vgl. auch oben S. 38 Anm. 1.

[2]) Laskau, a. a. O. S. 26 f.

[3]) Thiwissen, a. a. O. S. 59.

II. Beim Pool stellen die Konsorten ihnen bereits gehörige Stücke zum gemeinsamen Verkaufe. Sind keine besonderen Parteivereinbarungen getroffen, so ist aus denselben Gründen wie beim Übernahme- und Begebungskonsortium ein besonderes Konsortialvermögen anzunehmen. Nur treten als Beiträge die zum Verkaufe gestellten Wertpapiere an Stelle der sonst von den Konsorten zu leistenden, für die Bezahlung der Papiere erforderlichen Beträge. Auch hier finden sich wieder die oben besprochenen Parteivereinbarungen, die Gesamt- und Miteigentum ausschließen.

III. Zu erörtern sind noch die Eigentumsverhältnisse an den von den Konsorten zwecks Kursstützung gemäß allgemeiner oder besonderer Vereinbarung aufgenommenen Papieren. Wie auch von Ziegler[1]) erklärt, läßt sich aus Buchungsmethode oder Bilanz hierfür nichts entnehmen. Denn die erstere ist stets die gleiche, mag es sich um Gesamt-, Mit- oder Alleineigentum der Konsorten handeln und für die Bilanz interessiert nur die Konsortialbeteiligung als Forderung, sodaß in ihr das Eigentum nicht zum Ausdruck kommt. Nach außen tritt bei diesen Aufnahmen nicht hervor, ob der betreffende Konsorte im Namen des Konsortiums handelt. Liegt es doch in dessen Interesse, die Tendenz des Kaufes möglichst zu verdecken, da sonst die beabsichtigte Wirkung der Kursstützung beeinträchtigt würde.

a) Zunächst soll ein Konsortialvermögen bestehen. Dann könnte angenommen werden, daß die Stücke als durch die Geschäftsführung erworbene Gegenstände in dieses fließen. Da aber der Erwerber in eigenem Namen handelt, entsteht nur ein Anspruch auf Übertragung des Erworbenen in das Gesellschaftsvermögen, der seinerseits allerdings zu diesem gehört (§ 667 BGB i. V. m. § 713 BGB)[2]).

---

[1]) v. Ziegler, a. a. O. S. 35 f.

[2]) Planck Bd. II 1907, I b zu § 718 S. 752; Staudinger 1908, Bd. II 2,3 zu § 718 S. 1149; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 718; ERG Bd. 54, S. 105 f. Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 186; Reatz, 2. Lef. Bd. I, S. 328; die zweite Kommission strich den Obiges ausführenden § 641 des I. Entw., da er mit Rücksicht auf die jetzigen §§ 713, 667 selbstverständlich sei.

b) Zwei Möglichkeiten sind jetzt vorhanden. Entweder überträgt der so Eigentümer gewordene Konsorte das Eigentum durch eine besondere Handlung auf die Gesamtheit der Konsorten, sodaß die Stücke ins Konsortialvermögen selbst fließen, oder aber er überträgt nicht erst das Eigentum, da ja die Stücke wieder verkauft werden sollen. Darin, daß die Konsorten entsprechend ihrer Beteiligung den aufgewendeten Betrag bezahlen, würde im zweiten Falle für ihn eine Sicherstellung auf Grund des Konsortialvertrages liegen, ähnlich wie beim stillen Begebungskonsortium in den Einzahlungen an den Konsortialleiter. Andererseits hätte er natürlich den ganzen Erlös aus Wiederverkäufen ins Konsortialvermögen abzuführen.

Nach dem tatsächlichen Vorgang ist dieser zweite Fall anzunehmen, da eine besondere Eigentumsübertragung im Sinne der ersten Annahme niemals stattfindet, zumal sie von den Konsorten nach § 10 des RStG zu verstempeln wäre. Überhaupt entspricht diese Konstruktion mehr dem tatsächlichen Vorgange[1]).

c) Da also der aufnehmende Konsorte bis zur Beendigung des Konsortiums oder bis zum Wiederverkaufe Eigentümer bleibt, sind die Eigentumsverhältnisse innerhalb des Konsortiums für diejenigen an den durch Kursstützungskäufe erworbenen Papieren gleichgiltig. Was darum hier für den Fall des Bestehens eines Konsortialvermögens auseinandergesetzt wurde, kann verallgemeinert werden und gilt für alle derartigen Käufe.

Um indessen jegliche Unsicherheit in Ansehung dieser Stücke auszuschließen, findet sich häufig in den modernen Konsortialverträgen die Bestimmung, daß das von den Eigentumsverhältnissen an den zu begebenden Papieren Gesagte auch für das Eigentum an den vom Markte aufgenommenen Papieren gelten solle. Dann wird das unter I und II Ausgeführte auch für diese anzunehmen sein; die erforderliche Eigentumsübertragung würde dann durch ein

[1]) So auch v. Ziegler, a. a. O. S. 37.

aus dieser besonderen Bestimmung des Konsortialvertrages heraus zu konstruierendes constitutum possessorium geschehen.

4. Das Verhältnis der Konsorten untereinander und zu Dritten.

a) Im Gegensatz zu dem schuldrechtlichen stillen Begebungskonsortium, bei dem die verschiedenen stillen Konsorten des einen Konsortialleiters meist in keinerlei rechtlichem Zusammenhange mit einander stehen, werden beim offenen alle Konsortialen durch ein gemeinsames personenrechtliches Band zusammengefaßt. Auch stehen sie hier einander an sich mit gleichen Rechten gegenüber, ein bedeutsamer Gegensatz zum stillen Begebungskonsortium mit dem ganz überragenden Einfluß des Konsortialleiters.

aa) Die Dezentralisierung, die grundsätzliche Gleichberechtigung der Konsortialen, äußert sich besonders in ihrer Teilnahme an der Geschäftsführung, diese wieder in ihrem Tätigwerden bei der Begebung der Papiere und meistauch bei Kursstützungskäufen. Der Verkauf darf selbst im Falle des § 665 BGB nicht unter dem Übernahme- bezw. dem Abrechnungskurse stattfinden. Neben der Förderung des Gesellschaftszweckes, die in ihrem Tätigwerden enthalten ist, obliegt den Konsorten allgemein die Verpflichtung, den gemeinschaftlichen Zweck zu fördern, insbesondere durch Leistung der vereinbarten Beiträge, und sich jeder Handlung zu enthalten, welche die Erreichung des Zweckes hindern oder vereiteln könnte (§ 705 BGB).

bb) In Berücksichtigung der Vorschriften des BGB erscheint es merkwürdig, daß trotz der regelmäßigen Befugnis aller Konsorten zur Teilnahme an der Geschäftsführung eine Konsortialleitung besteht. Hierin ist der Rest des beim stillen Begebungskonsortiums so scharf ausgeprägten Zentralisierungsbedürfnisses zu erblicken: eine mehr oder minder straffe Organisierung erfordert eben das Begebungsgeschäft. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis der Leitung, wie sie hier im Gegensatz zu dem Leiter des stillen Kon-

sortiums bezeichnet wird, wechselt. Stets liegt ihr die Einsammlung der bei allen Konsorten aus dem Verkaufe der Papiere eingenommenen Beträge und deren anteilige Verteilung ob. Zahlungen werden natürlich niemals in bar geleistet, sondern verrechnet[1]). Oft wird eine bestimmte Summe vereinbart, bei deren jedesmaligem Erreichen Ausschüttungen vorgenommen werden sollen (s. § 6 des 2. Vertr. S. 76). Ebenso häufig findet sich die Bestimmung, daß Guthaben des Konsortiums nicht verzinst zu werden brauchen, mitunter auch die entgegengesetzte. Im Zweifel ist anzunehmen, daß Zinsen von der Leitung nicht zu leisten sind. Weiter hat die Leitung den Erlaß des Prospektes in die Wege zu leiten, den regelmäßig sämtliche Konsorten unterzeichnen, und Kursstützungskäufe vorzunehmen, überhaupt in der Regel sämtliche „ihr für Abwickelung des Begebungsgeschäftes zweckmäßig erscheinenden Maßnahmen zu treffen[2])". Nicht notwendig ist es, daß sich die Konsorten vor dem Abschluß eines jeden Verkaufes mit der Leitung ins Einvernehmen setzen; das würde eine glatte Erledigung des Geschäftes sehr erschweren. Als Mittel für die Unterbindung von nicht im Interesse des Begebungsgeschäftes liegenden Verkäufen wird indessen das Widerspruchsrecht des § 711 BGB zur Anwendung kommen. Dem Konsorten steht es gegenüber der Leitung ebenfalls zu, aber nur insoweit, als sie nur als Konsortiale handelt und ihre Tätigkeit nicht auf dem hinzutretenden Gesichtspunkt der Übertragung der Geschäftsführung beruht, also meist nur bei der Begebung der Papiere. Ferner liegt der Konsortialleitung bei den Übernahme- und Begebungskonsortien der Verkehr mit dem Ausgeber ob, also die Einforderung der für die Zahlungen an diesen erforderlichen Beträge, deren Auszahlung und die Abnahme der Papiere. Schließlich ist die in den Verträgen ständig wiederkehrende Vereinbarung zu erwähnen, daß ein bestimmter Konsorte die Rechnungslegung zu

[1]) s. v. Ziegler a. a. O. S. 35.
[2]) s. § 1, Satz 2 d. 1. Vertr. ob. S. 68.

prüfen habe und daß die von ihm als richtig bezeichnete für alle Konsorten bindend sei. Im übrigen finden die Vorschriften des BGB für die Rechte und Pflichten der Leitung unverändert Anwendung. Das gleiche gilt, wenn etwa mehreren Konsorten zugleich die Leitung übertragen ist.

cc) Festzustellen ist, daß nicht das Konsortium, sondern die Personeneinheit der sämtlichen Konsorten als Gläubiger und aus dem Konsortialvertrage Berechtigte anzusehen ist[1]). Daraus würde z. B. folgen, daß die Konsortialleitung ohne besondere Ermächtigung nicht befugt wäre, die Beiträge einzufordern. Praktisch kommt das allerdings wenig in Betracht, da in den Verträgen regelmäßig durch besondere Vereinbarung dieses Recht der Leitung festgestellt ist[2]).

b) Für die Beziehungen der Konsorten zu Dritten gilt das Gleiche wie für das Verhältnis der Gesellschafter des BGB nach außen. Trotzdem soll es kurz zur Darstellung kommen, da in ihm der Unterschied zwischen dem offenen und dem stillen Begebungskonsortium in der hier auch personenrechtlichen Bindung der Konsorten hervortritt.

aa) Dritten gegenüber stellt § 714 BGB die Vermutung auf, daß in den Grenzen der Befugnis zur Geschäftsführung dem betreffenden Konsortialen im Zweifel ohne weiteres auch die Vollmacht zur Vertretung der anderen Konsorten zustehe. Indessen ist diese Bestimmung nur eine Auslegungsvorschrift, so daß sie Dritten keine unbedingt zuverlässige Stütze bietet. Kann sie doch als präsumtio

---

[1]) §§ 705, 717, 733 BGB; Knoke a. a. O. S. 33 ff.; Planck 1907, II. Bd. § 705, 4 S. 237; Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB., Berlin 1903, Anm. 1 zu § 705, S. 577. — a. M. Cosack, Kommentar 1900 Bd. II, S. 373, der selbst angibt, daß der Gesetzeswortlaut „dem materiellen Gesetzesinhalt nicht gerecht werde", also gegen seine Ansicht spricht. Nicht zulässig ist Anwendung des § 433 BGB., wie Cosack, a. a. O. S. 374; Dertmann, a. a. O S. 443; Fischer-Henle Anm. 6 zu § 705 annehmen; denn bei der Gesellschaft fehlt die in § 432 vorausgesetzte Unteilbarkeit der Leistung.

[2]) Vgl. Vertrag S. 95 § 2 und S. 108 § 6; Wolff-Birkenbihl, Vertrag § 4, S. 125; Staub, Bd. I 1906 S. 1126.

iuris durch Umstände, die ihnen unbekannt waren, widerlegt werden[1]).

bb) Das konsortiale Sonderrecht, das dem Konsorten mit der Vertretungsmacht eingeräumt ist, kann ihm beim Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden, wenn es ihm zusammen mit der Befugnis zur Geschäftsführung erteilt ist, allerdings nur zusammen mit dieser. (§§ 715, 712 Abs. 1 BGB.) Die auf der Befugnis zur Geschäftsführung beruhende Vertretungsmacht erlischt naturgemäß auch mit jener. Da eine dem § 712 Abs. 2 BGB entsprechende Bestimmung fehlt, kann sich der Konsorte der ihm übertragenen Vertretungsmacht nicht entziehen; ein Bedürfnis dafür ist auch nicht vorhanden, da sie ihm nur Rechte gibt, keine Pflichten auferlegt.

cc) Prozesse des Konsortiums haben an sich sämtliche Konsorten zu führen, die jedoch einzelne von sich zu Prozeßbevollmächtigten bestellen können. Da diese indessen die Stellung gewöhnlicher Prozeßbevollmächtigter haben, sind Partei- und richterliche Eide von sämtlichen Konsorten zu leisten, wie auch Zustellungen an alle Konsorten zu erfolgen haben[2]).

Für die Beendigung oder Auflösung des Konsortiums kommen die Vorschriften des BGB zur Anwendung, ohne daß sich aus dem Wesen des offenen Begebungskonsortiums Besonderheiten ergeben.

5. Die Übernahme des Begebungsgeschäftes gegen Vergütung.

Für das offene Begebungskonsortium ist noch der Fall zu erwähnen, daß das Konsortium die Ausführung der Begebung für Rechnung des Ausgebers gegen eine Vergütung übernimmt. Die Darstellung der sich ergebenden Besonderheiten kann wegen der Seltenheit dieses Falles

[1]) Über analoge Anwendung des § 172 BGB. siehe Knoke, a. a. O. S. 74.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht. S. 684, Anm. 106; Knoke, a. a. O. S. 76.

unterbleiben; nur Lotz erwähnt ihn und auch dieser nur in einer Anmerkung[1]). Die wichtigste tatsächliche Folge ist die, daß ein Konsortialvermögen nicht besteht. — Ein stilles Begebungskonsortium wird in dem entsprechenden Falle niemals gebildet werden. Die Gründe liegen auf der Hand: Eine Gefahr trägt das Bankhaus nicht, braucht also auch nicht darauf bedacht zu sein, sie zu veringern, und ein Mitwirken der stillen Konsorten tritt nicht ein. Durch den Abschluß des stillen Konsortiums würde daher nur die Verpflichtung übernommen, einen Teil der Vergütung abzutreten, ohne einen Vorteil zu erzielen.

[1]) Lotz, a. a. O. S. 4, Anm. 2.

Schluß.

Die Unterkonsortialbeteiligung.

a) Der einzelne Konsorte kann seinerseits wieder — beim stillen wie beim offenen Begebungskonsortium — durch einen Vertrag einen Teil seines Konsortialanteils an andere Personen abgeben. In dem dadurch entstehenden sogenannten Unterkonsortium steht er als „Hauptkonsorte" dem „Unterkonsorten" gegenüber[1]). In der Regel wendet sich der Hauptkonsorte mit einem Schreiben etwa folgenden Inhalts an seine Geschäftsfreunde: „Wir sind an einem Konsortium betreffend Begebung von 2 000 000 ℳ der und der Papiere beteiligt und erlauben uns hiermit, Ihnen an diesem Geschäft eine Unterbeteiligung in Höhe von Nominal 10 000 ℳ zu Originalbedingungen anzubieten. Belieben Sie uns von Ihrer etwaigen Annahme umgehend in Kenntnis zu setzen und dabei zu erwähnen, daß Sie unsere in Angelegenheit dieses Konsortiums zu fassenden Beschlüsse auch für sich rücksichtlich Ihrer Unterbeteiligung als bindend anerkennen". Durch die Annahme eines solchen Vertragsantrages, der natürlich auch von der anderen Seite ausgehen kann, kommt dann der Vertrag zustande. Er bezweckt Teilung der Gefahr, indem sich gegen Abtretung eines Teiles des erhofften Gewinnes der Unterbeteiligte verpflichtet, verbleibende Papiere anteilig abzunehmen und seinen Teil an den Kosten zu tragen. Daß die Unterbeteiligung meist

[1]) Ring, a. a. O. S. 181; Sydow, a. a. O. S. 462 f.; Staub, 1906, Bd. I S. 1125; Meyer, a. a. O. S. 128; ROHG. Bd. 17, S. 196 ff.; Entsch. d. RG. Bd. I. S. 78 ff.

„zu Originalbedingungen" stattfindet, weiter auch, welche Folgen aus diesem Umstande sich ergeben, ist bereits beim stillen Begebungskonsortium erörtert[1]).

Scharf zu scheiden ist von der Unterbeteiligung die Abtretung eines Anteils vom Gewinnanteil. Im Gegensatz zu dieser übernimmt der Unterkonsorte zu seinem Teile alle überhaupt abtretbaren Rechte und Pflichten, die der Hauptkonsorte beim Abschlusse des Konsortialvertrages übernommen hat[2]).

b) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Unterkonsortialbeteiligung im Grunde nichts anderes ist, als ein stilles Begebungskonsortium, das seinerseits wieder der Hauptkonsorte eingeht. Auch hier ist Zweck des Geschäftes die Vergemeinschaftung nur des Begebungsergebnisses und die Bindung der Beteiligten rein schuldrechtlich. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß das Ergebnis dem Unterkonsorten durch den Hauptkonsorten vermittelt wird. Denn der Unterkonsorte steht in keiner rechtlichen Beziehung zum Konsortialleiter des stillen Begebungskonsortiums wie der anderen Hauptkonsorten des offenen Begebungskonsortiums[3]).

Wie auch die Betrachtung der einzelnen Punkte ergibt, werden darum die rechtliche Konstruktion und die Rechtsgrundsätze, wie sie für das stille Begebungskonsortium aufgestellt wurden, im wesentlichen auch für die Unterkonsortialbeteiligung zu gelten haben. Nur insofern weichen sie voneinander ab, als der Umstand zu berücksichtigen ist, daß die Beteiligung des Unterkonsorten nicht unmittelbar am Hauptkonsortium, sondern durch die Mittelsperson des Hauptkonsorten erfolgt.

[1]) s. oben S. 43 f.; vgl. ERG. in Bolze, Bd. 18 S. 107 Nr. 179; ERG. Bd. 26, S. 52; Staub Bd. I, S. 1125; ROHG. Bd. 17 S. 202.

[2]) ROHG. Bd. 10, S. 262; Staub Bd. I. S. 1125.

[3]) s. oben S. 51 f.; vgl. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 1908, S. 495.

c) Besonderheiten ergeben sich insbesondere aus der Unübertragbarkeit der „Herrschaftsrechte", wie sie Staub[1]) treffend bezeichnet, z. B. des Rechtes auf Geschäftsführung, auf Kontrolle, auf Auskunft und Rechnungslegung. Damit wird natürlich dem Unterkonsorten das Recht nicht entzogen, nach Beendigung des Hauptkonsortiums die Aufmachung einer Rechnung zu verlangen. Da sich aber die Unterbeteiligung nach dem Verhältnisse richtet, das ihr zugrunde liegt, dem Hauptkonsortium, wird die Verpflichtung des Hauptkonsorten zur Rechnungslegung und zum Bewirken eines Rechnungsabschlusses beschränkt durch die Verpflichtung des Hauptkonsorten zur Verschwiegenheit. Da der Unterkonsorte nicht in rechtlichen Beziehungen zum Hauptkonsortium oder Konsortialleiter steht, übernimmt schließlich der Hauptkonsorte durch den Vertragsabschluß die Verpflichtung, seine eigenen Rechte gegenüber jenem zu wahren[2]). Denn er kann vom Unterkonsorten nur das Mittragen desjenigen Verlustes verlangen, den er notwendig übernehmen mußte, und er ist verpflichtet, mit ihm den Gewinn in der Höhe zu teilen, wie er ihm hätte gewährt werden müssen. Auch hierin finden die Rechte des Unterkonsorten ihre Grenze an der Bestimmung, daß der Hauptkonsorte nur Verstöße gegen diejenige Sorgfalt zu vertreten habe, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Insbesondere kann der Unterkonsorte keine Rechte aus einer erheblichen Vertragswidrigkeit des Konsortialleiters oder einer solchen im Betriebe des Hauptkonsortiums herleiten, wenn der Hauptkonsortiale auch bei Anwendung dieser Sorgfalt seine Rechte nicht geltend machen konnte. Nach der eigentümlichen Natur der Unterbeteiligung ist als Parteiwille anzusehen, daß der Hauptkonsorte „alle Verpflichtungen, welche er im Zeitpunkte der Auflösung bei Prüfung der Sachlage und des mitgeteilten Ergebnisses mit schuldiger Sorgfalt zu erfüllen in der Lage war, auf

[1]) Staub, 1906, Bd. I S. 428.
[2]) Sydow, a. a. O. S. 463; Staub Bd. I S. 1125.

den Unterbeteiligten nach Verhältnis der Beteiligung desselben im Wege des Rückgriffs sollte abwälzen dürfen[1])".

Im übrigen ist von der Unterkonsortialbeteiligung Besonderes nicht hervorzuheben.

Auch der Unterkonsorte kann seinerseits wieder Unterbeteiligungen abgeben[2]), für die Entsprechendes wie für seine Unterbeteiligung zu gelten hat.

d) Wie wir gesehen haben, bietet das stille Begebungskonsortium an rechtlicher Eigenart weit mehr als das offene. Wie dieses für das Wirtschaftsleben, so ist darum jenes für das Rechtsleben von größerem Interesse. Aus diesem Gesichtspunkte heraus wurde oben der Befürchtung Ausdruck gegeben, daß das stille Begebungskonsortium, das eigenartige Zeugnis vergangener Zeiten, in Kürze nur noch der Geschichte angehören würde. Diese Befürchtung trifft nur zum Teil zu. Besitzt doch auch die Gegenwart in dem Unterkonsortium jenes die Rechtswissenschaft anziehende Gebilde, und auch die Zukunft wird es wegen seiner Wichtigkeit für den Geschäftsverkehr erhalten und daran fortbauen.

---

[1]) ERG. Bd. I S. 80; zu weit geht in der Gewährung von Rechten an den Unterkonsorten ROHG. Bd. 17 S. 203 ff.

[2]) Sydow, a. a. O. S. 463.

Lebenslauf.

Am 24. Oktober 1887 wurde ich, Günther Grzimek, zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Richard Grzimek und seiner Ehefrau Marie geb. Grzimek geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Ostern 1906 bestand ich am Kgl. König Wilhelms-Gymnasium zu Breslau das Abiturientenexamen. Dann studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, die ersten drei Semester in Breslau, das vierte in München und die beiden letzten wiederum in Breslau. Ich hörte Vorlesungen folgender Herren Professoren: v. Amira, Brentano, Brie, Dahn, Engelmann, O. Fischer, Gareis, Gretener, Heilborn, Klingmüller, R. Leonhard, Lotz, Herbert Meyer, Schott und Wolff.

Vom 1. Oktober 1906 bis zum 30. September 1907 diente ich bei dem Feldartillerieregiment von Peucker (1. Schles.) Nr. 6 in Breslau. Meine erste Übung leistete ich im Sommer 1908 bei demselben Regiment ab. Am 9. Oktober 1909 bestand ich an dem Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 12. November 1909 das Rigorosum. Zurzeit bin ich am Kgl. Amtsgericht zu Reinerz, Kreis Glatz, beschäftigt.

Herrn Professor Dr. Meyer sage ich für seine Unterstützung meinen ergebenen Dank.